REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade & Sociedade

Volume 1 | Nº 4 | 12-2024

ISSN 2965-7695

SENTENÇA DO ZERO

Copyright © 2024 Sentença do Zero

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser fotocopiada, reproduzida ou armazenada num sistema de recuperação ou transmitida sob qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico sem o prévio consentimento do autor.

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.

Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil

Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.
Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio lópez Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.
Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.
Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.
Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.
Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO
Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.
Capa e Diagramação:
Di'Artes

ÍNDICE

LUIZ HENRIQUE SANTOS DA CRUZ; EDNA DE CÁSSIA SANTOS; GABRIEL INÁCIO SANTOS

1. MÉTODOS ADEQUADOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO AGRONEGÓCIO .. 07

GESSUELYTON MENDES DE LIMA; PAULO DE TARSO DE LARA PIRES; ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

2. DESMATAMENTO E SAÚDE HUMANA: O PAPEL DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL FRENTE AOS RISCOS DAS ARBOVIROSES 21

LETÍCIA RODRIGUES VIEIRA; ALCELYR VALLE DA COSTA NETO

3. OS DIREITOS AUTORAIS DO MÚSICO NA ERA DIGITAL 58

GUSTAVO RIBAS DAOU; MARA DARCANCHY

4. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO À LUZ DA SÚMULA 244 DO TST 83

FLÁVIA JEANNE FERRARI; DOUGLAS ANGELO FERRARI; PRISCILA LUCIENE SANTOS DE LIMA

5. O COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS 100

OTÁVIO FERNANDO DE VASCONCELOS; VICTÓRIA CÁSSIA MOZANER; FRANCIS MARÍLIA PÁDUA

6. DESAFIOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE NO FUTEBOL FEMININO: PROPOSTAS PARA A EQUIDADE DE GÊNERO NO UNIVERSO ESPORTIVO 125

ÁNGELA SIERRA DE HOYOS

7. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS ADOLESCENTES EN LA ERA DIGITAL BAJO EL ENFOQUE DE LA LEY COLOMBIANA 144

JAQUELINE MARIA RYNDACK; LUIZ FERNANDO OBLADEN PUJOL

8. MEDIDAS PREVENTIVAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O DECRETO Nº 8.420/2015 192

CARLOS HENRIQUE BAPTISTA CARDOSO; JEFERSON SOUSA OLIVEIRA

9. A IMPORTÂNCIA DA INDÚSTRIA DE DEFESA E SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DO PAÍS 207

DANIEL FRANCO CHIMANOWSKI; LARISSA HUBNER; ANDRÉA GRANDINI JOSÉ TESSARO

10. A VIOLÊNCIA INTRAFAMILAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTADO DE SANTA CATARINA 233

ALIDA MARCELA CAÑA MERCADO

11. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA 265

MARCO AURÉLIO RUBICK DA SILVA; MILENA PETTERS MELO

12. PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DIALÓGICO SOBRE OS CONTEXTOS DE PROMULGAÇÃO E AS DISPOSIÇÕES PREAMBULARES DAS CONSTITUIÇÕES DA ITÁLIA, ALEMANHA, EQUADOR E BOLÍVIA 299

BRUNO LOUIS PABST WANKE; PAULO VITOR APOLINARIO

13. REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ANÁLISE ENTRE O AI ACT EUROPEU E O PL 2338/2023 DO BRASIL 328

MÉTODOS ADEQUADOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO AGRONEGÓCIO

APPROPRIATE METHODS FOR RESOLVING CONFLICTS IN AGRIBUSINESS

Luiz Henrique Santos da Cruz[1]
Edna de Cássia Santos[2]
Gabriel Inácio Santos[3]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão acerca do agronegócio e os métodos adequados de solução de conflitos, como possibilidade para resolução de questões de forma célere e pacífica entre as partes envolvidas. A metodologia utilizada será descritiva, baseada em obras bibliográficas, artigos científicos e também artigos relacionados ao tema. Como contribuição da pesquisa, pretende-se através da realidade específica do agronegócio e as opções de métodos adequados, avaliar as condutas que possibilitam seguir um caminho na solução de conflitos que possam vir a ocorrer no curso do negócio referente a matéria.

Palavras-Chave: Agronegócio. Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Diálogo.

Abstract: This article aims to present a view of agribusiness and appropriate conflict resolution methods, as a possibility for resolving issues quickly and peacefully between the parties involved. The methodology used will be descriptive, based on bibliographical works, scientific articles and articles related to the topic. As a contribution to the research, it is intended, through the specific reality of agribusiness and the options of appropriate methods, to evaluate the conduct that makes it possible to follow a path towards resolving conflicts that may occur during the business relating to the matter.

Keywords: Agribusiness. Appropriate Conflict Resolution Methods. Dialogue.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar a visão acerca do significado do agronegócio, bem como sua aplicação e implementação em termos gerais, além de demonstrar sua compatibilidade com questões de ordem ambiental.

[1] Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil-UNIBRASIL- Curitiba- PR; Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra-PT; Reconhecimento de diploma estrangeiro de Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- PT. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783222757884296>
[2] Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba – Paraná. Brasil; Especialista em Direito Aplicado pela EMAP; Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica – UNICURITIBA; conciliadora e Mediadora pelo TJPR. Registro ORCID: 0009-0002-6849-9242. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6723124479476510>.E-mail: ecsantos1970@hotmail.com.
[3] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba – Paraná. Possui graduação em Marketing pelo Centro Universitário Curitiba (2020). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2496336539687175>

Atualmente a questão que envolve a preservação e sustentabilidade do meio ambiente, necessita de mecanismos que possam coibir e mitigar práticas que venham a degradá-lo, principalmente por parte de empresas que através da atividade do agronegócio, possam prejudicar ou interferir também na qualidade de vida das pessoas que participam diretamente na sua produção.

Nesse sentido, é fundamental que todos os envolvidos possam dialogar sobre as condições necessárias para manutenção, preservação e o estabelecimento de padrões referentes quando na busca por solução de conflitos decorrentes da atividade desempenhada.

Desta forma, merece destacar que os meios adequados para solução de conflitos, cada vez mais, vêm sendo utilizados como forma de regulamentara política e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para suas atividades.

O agronegócio brasileiro, apresenta muitas vezes incompatibilidade entre a ordem econômica do mundo do “ser”, frente à ordem econômica do mundo do “dever ser” estabelecida pela CF/88.Além do desenvolvimento numa perspectiva econômica, apresenta também uma perspectiva jurídica, do direito ao desenvolvimento, tendo a pessoa humana como beneficiária e participante deste desenvolvimento, onde as consequências deste modelo de negócio, bem como de suas externalidades negativas, poderão utilizar-se dos métodos adequados de solução de conflitos, quando da necessidade para resolução de possíveis conflitos na busca de pacificação.

2. O AGRONEGÓCIO

O Agronegócio, afastado da clássica divisão da economia entre os setores primário, secundário e terciário, pode ser definido como um conjunto integrado de atividades econômicas, que vai desde a fabricação e o suprimento de insumos, a formação de lavouras, a cria e recria de animais, passando pelo processamento, acondicionamento, armazenamento, logística e distribuição para o consumo final dos produtos de origem agrícola, pecuária, de reflorestamento e aquicultura. Essa mesma visão sistemática do moderno negócio agrícola, envolve as formas de financiamento,

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

as operações de seguro rural e contratos com as bolsas de mercadorias e futuros, orientadas através de políticas públicas específicas[4].

De acordo com o conceito econômico e a ordem jurídica, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 487/2013, que institui o Novo Código Comercial, traz em seu art. 681 o conceito de Agronegócio.

Para Renato Renato Buranello o agronegócio pode ser descrito como:

> [...] a rede de negócios que integra as atividades econômicas organizadas de fabricação e fornecimento de insumos, produção, processamento, beneficiamento e transformação, comercialização, armazenamento, logística e distribuição de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico.[5]

Segundo Batalha[6] o termo agronegócio é delineado pelo complexo agroindustrial ou pelo conjunto geral dos sistemas agroindustriais, considerando todas as empresas que fornecem os insumos, produzem, processam e distribuem produtos, subprodutos e resíduos de origem agrícola, pecuária, de reflorestamento ou aquicultura.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece os princípios que regem a política agrícola e fundiária e a reforma agrária nos artigos 184 a 191. Dispõe ainda que a política agrícola será planejada e executada com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais. No planejamento e execução da política agrícola incluem-se as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais, conforme estabelece o art. 187, § 1º, da CF/1988.

Quanto a atividade agrícola, esta compreende os processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e aos princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade, no estímulo ao processo da agroindustrialização com as respectivas áreas de produção.

A Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, trata da política agrícola, que entre seus fundamentos define os objetivos e competências institucionais, prevendo as

[4] BURANELLO, Renato. Agronegócio: conceito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Comercial.** Edição 1, julho 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/-208/edicao-1/agronegocio:-conceito>.
[5] BURANELLO, 2018. p. 04.
[6] BATALHA, Mário Otávio. (coord.). **Recursos humanos para o Agronegócio brasileiro.** Brasília: CNPQ, 2000.

fontes de recursos e estabelecendo suas ações e instrumentos. Tal política visa promover a descentralização da execução dos serviços públicos ao setor dos serviços públicos de apoio ao setor rural, buscando a atuação complementar dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e Municípios, cabendo a estes adequar os diversos instrumentos às suas necessidades e recursos.

Destaca Winter[7], que o agronegócio brasileiro é o verdadeiro esteio da economia nacional, pois o setor corresponde a um terço do Produto Interno Nacional e apresenta sucessivos superávits na balança comercial brasileira, em contrapartida aos sucessivos déficits de outros setores da economia. Além disso, contribui sistematicamente para o auxílio do controle da inflação, em decorrência da vocação natural do país, já que oferece enorme disponibilidade de terras agricultáveis, abundância de água, boa luminosidade, clima favorável e solos adequados.

Para compreender o agronegócio e consequentemente identificar eventuais fragilidades em suas relações, deve-se analisar, sob a ótica legal, cada tipo de relação jurídica obrigacional que existe no setor. Todavia, nem sempre é possível, haja vista que no ordenamento brasileiro os direitos obrigacionais são *numerus apertus*[8] e para eles vigora o princípio da atipicidade ou liberdade negocial, podendo os particulares modificarem o conteúdo das figuras típicas estabelecidas pelo legislador, de acordo com o previsto no art. 425, do Código Civil Brasileiro.

As relações jurídicas obrigacionais que permeiam o agronegócio como operações financeiras e comerciais, classificam-se em operação financeira, onde o interesse que vincula o credor e o objeto é a obtenção de recursos financeiros; e operações comerciais, ou seja, o interesse que vincula o credor e o objeto é a obtenção de determinada coisa (bem) ou serviço[9].

Assim, as operações financeiras e comerciais firmadas no ambiente do agronegócio, são extremamente relevantes para alavancar ainda mais o crescimento do setor na economia nacional, através da efetividade e eficácia, para que os

[7] WINTER, Marcelo Franchi. Aspectos essenciais ao sucesso das operações comerciais e financeiras no Agronegócio. In: SOUZA, Lucas Monteiro de; RODRIGUES, Rafael Molinari. **Direito do Agronegócio: Teoria e prática**. São Paulo: LTr. 2019.
[8] Direitos realizáveis dentro dos limites traçados pelo legislador para a autonomia privada.
[9] WINTER, Marcelo Franchi. Aspectos essenciais ao sucesso das operações comerciais e financeiras no Agronegócio. In: SOUZA, Lucas Monteiro de; RODRIGUES, Rafael Molinari. **Direito do Agronegócio: Teoria e prática.** São Paulo: LTr. 2019.

envolvidos tenham maior segurança jurídica para atuar e consequentemente, atrair maiores investimentos internos e externos[10].

Segundo Winter[11], as garantias de uma operação financeira ou comercial no agronegócio são indispensáveis para mitigar o risco do crédito, conhecido como risco de inadimplência ou *default*, que ocorre quando pessoas físicas ou jurídicas falham em honrar determinado compromisso assumido, causando inadimplência, descontrole financeiro, alta dos juros e da inflação, oscilação dos preços, câmbio, quebras de safra, entre outros fatores.

Nesse sentido, importante destacar que algumas questões podem utilizar-se dos meios adequados de solução de conflitos, visando resolver de forma pacífica controvérsias entre os envolvidos.

3. MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O agronegócio atualmente é considerado o setor mais competitivo da economia nacional, representando 20% do PIB. Nos últimos anos, poucos países tiveram um crescimento tão expressivo no comércio internacional do agronegócio quanto o Brasil, sendo um dos líderes mundiais na produção e exportação de vários produtos agropecuários, inclusive como o segundo maior produtor de alimentos.

Importante destacar que a continuidade do setor de agronegócio forte e em crescimento, torna fundamental que os olhos deste setor se voltem para a utilização, em caráter preventivo; ou seja; antes do surgimento de um conflito, bem como quando ocorrer um conflito.

Os Meios Adequados de Solução de Conflitos, apresentam a confiança, a segurança e a celeridade como pontos fundamentais para redução de controvérsias nos negócios e a busca pela garantia de soluções adequadas ao caso concreto.

Sendo o conflito inerente e essencial à sociedade que está em constante movimento, a questão que se impõe trata sobre como os indivíduos e inseridos no contexto social lidam e resolvem os seus conflitos.

Historicamente, as pessoas assumiam a posição de protagonistas na solução de seus conflitos, voluntariamente negociavam, cediam ou consentiam na busca de soluções, ou então indicavam um terceiro para atuar como facilitador. Desta forma, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, surgir ampara juntamente com

[10] Idem.
[11] Ibidem.

a figura do Estado-Juiz (Judiciário), auxiliar na resolução das controvérsias, ou seja, os conflitos surgidos através das relações que envolvem negócios.

Nesse sentido, a busca por soluções que possam deixar de ingressar com uma ação judicial para serem resolvidas visam não só diminuir o número de processos como trazer uma solução mais satisfatória para as partes envolvidas, já que o diálogo e o consenso permeiam a resolução.

A Arbitragem, introduzida no Brasil por meio da Lei n. 9.307/96, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e em 2006 o país estava na quarta colocação em número de partes perante a Corte internacional de Arbitragem.

Atualmente, a pauta do Estado Brasileiro (Legislativo, Executivo e Judiciário) é o fortalecimento e o desenvolvimento dos chamados "Métodos Adequados de Solução de Conflitos (algumas vezes chamados de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos)". Além de Políticas Públicas voltadas ao desenvolvimento dos referidos métodos, duas importantes leis foram editadas recentemente: a Lei n. 13.129/15, chamada Reforma da Arbitragem e a Lei n. 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública[12].

O contexto jurídico é absolutamente favorável à aplicação dos Meios Adequados de Solução de Conflitos (Conciliação, Mediação, Negociação e Arbitragem), no agronegócio, visto que os envolvidos no conflito poderão optar por outras vias, que não seja o Judiciário, para resolver os conflitos.

Como exemplo, destaca-se que os conflitos decorrentes de contratos agrários de parceria e arrendamento, financiamento rural, mútuo, disputas sobre commodities, compra e venda de insumos, direito de superfície, constituição de usufruto, divisões de terras e dissolução de condomínios que podem ser resolvidos pelos métodos adequados de solução de conflito, além de disputas societárias decorrentes de estatutos, contratos sociais e acordos de acionistas, contratos de importação e exportação de commodities e outras questões patrimoniais, podem utilizara conciliação, a mediação, a Negociação ou a Arbitragem[13].

[12] PETTENGILL FILHO, Reinaldo. **O Agronegócio e os métodos adequados de solução de conflitos.** 2020. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-agronegocio-e-os-metodos-adequados-de-tratamento-de-conflitos/927851790.
[13] Idem.

Para tanto, os benefícios apresentados na utilização dos métodos adequados são economia de tempo, pois os procedimentos são mais céleres do que o processo judicial; custo reduzido em comparação com o processo judicial; construção da solução pelas próprias partes; e especialização da matéria para a apuração do conflito e, por consequência, obtenção de decisões técnicas.

No Brasil a cultura de se recorrer ao judiciário para a resolução de conflitos ainda predomina, porém os meios adequados de solução de conflitos (mediação/conciliação/arbitragem), previstos legalmente no ordenamento jurídico, vem cada vez mais sendo desmistificados e reconhecidos como uma melhor opção.

Através da legislação, (Lei de Mediação n˚13.140/2015; Lei nº 13.129/2015, que altera a Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307/1996, e o Código de Processo Civil – Lei n˚ 13.105/2015), os institutos da mediação e da arbitragem, como procedimentos eficazes e adequados de resolução de conflitos, auxiliares e alternativos ao julgamento judicial, por serem mais efetivos e céleres, onde as próprias pessoas estão empoderadas para solucionarem seus litígios, vem sendo reconhecidos como medida efetiva.

Para a Lei de Mediação, a atividade de mediar representa a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, que as auxilia e estimula a identificar e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. É orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. O Código de Processo Civil estimula a realização da mediação e da conciliação, estabelecendo como princípios norteadores a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada[14].

A Arbitragem surge para equacionar o problema; caso uma solução amigável não seja possível; assemelhando-se a um processo judicial, porém, ao invés de ser administrado pelo Estado, a questão conflitual é gerida por uma instituição especializada, onde um terceiro, especialista na matéria em discussão, de absoluta confiança e eleito pelas partes, decide a controvérsia. O árbitro é orientado pelos princípios da imparcialidade, confidencialidade, isonomia e autonomia da vontade das

[14] MACHADO, Rafael Freitas. Os meios adequados de solução de conflitos e o agronegócio. **Jornal Dia de Campo. Coluna Visão Jurídica**. 17/12/2023. Disponível em: <http://www.diadecampo.com.br-/zpublisher/materias/Materia.asp?id=31949&secao=Colunas%20e%20Artigos>.

partes, assim como pelo contraditório e ampla defesa, devendo decidir de acordo com seu livre convencimento. A decisão arbitral é irrecorrível e equipara-se à sentença judicial, consubstanciando título executivo judicial[15].

O agronegócio nacional e a infinidade de relações negociais dele decorrentes, faz com que a necessidade de se obter soluções mais acertadas tecnicamente e de forma mais ágil, tornam a utilização dos métodos adequados de solução e prevenção de conflitos extremamente compatível.

4. A IMPORTÂNCIA DOS MÉTODOS ADEQUADOS PARA RESOLUÇÃO E GESTÃO DE CONFLITOSNO AGRONEGÓCIO

O agronegócio tem relevante participação no resultado da economia brasileira e, diante disto, inúmeras são as relações negociais com potencial para gerar conflitos. Exemplos de possíveis conflitos nesta seara são os contratos de parceria e arrendamento; disputas sobre commodities; compra e venda de insumos agrícolas; transporte e armazenagem de produtos; classificação de produtos para em cumprimento de cédulas de produto rural (CPR); relações trabalhistas; contratos compra e venda de imóveis; divisões de terras; dissolução de condomínios; disputas de servidões; relações societárias decorrentes de estatutos, contratos sociais e acordos de acionistas; relações familiares e partilhas em inventários, divórcios e dissolução de união estável (desde que não envolva direitos de menores ou incapazes); entre outras inúmeras situações que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

No Brasil, a cultura do litígio prevalece e sobrecarrega o Poder Judiciário, segundo dados oficiais do CNJ, o número de processos que tramitam na justiça brasileira é de 81,4 milhões de processos em 2022, dos quais 17,7 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Desconsideradas essas ações, ao fim do ano restavam ainda 63 milhões de ações judiciais em tramitação[16], um número que retira qualquer possibilidade de celeridade, de efetividade e de economia aos processos judiciais,

[15] Idem.
[16] CONJUR. **Justiça em números.** 29 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/-2023-ago-29/315-milhoes-casos-novos-judiciario-recorde-2022/#:~:text=Principal%20fonte%20das%-20estat%C3%ADsticas%20oficiais,%25)%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202021>.

indo na contramão do desenvolvimento e do progresso, especialmente, do setor agropecuário brasileiro.

Tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro possui cerca de 18 mil magistrados equivale dizer que são mais de 6,3 mil processos para cada magistrado realizar o julgamento. Considerando o índice de produtividade dos magistrados e dos servidores apontados no relatório "Justiça em Números", do Conselho Nacional de Justiça, chega-se a uma média de 7,2 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar férias e recessos, ou seja, ao contrário do que se possa imaginar, a produtividade do magistrado brasileiro é, sim, bastante elevada, mas a quantidade de processos é extremamente alta e vem crescendo vertiginosamente, ascendendo o alerta e despertando para a necessidade de uma mudança radical de cultura, conceitos e paradigmas[17].

Nesse contexto, tendo em vista o enorme e crescente progresso do setor agropecuário brasileiro, com aumento exponencial das relações contratuais e da necessidade de prevenir e melhor gerir os conflitos delas decorrentes, e considerando o cenário da morosidade do Poder Judiciário para aos negócios, deve-se evitar a judicialização e optar pelos meios adequados de solução de conflitos, especialmente a mediação extrajudicial e a arbitragem, em razão da simplicidade, onde o foco é na questão central do problema; a confidencialidade, preservando a imagem e resguardando informações estratégicas dos negócios; especialidade, ou seja, análise e decisão por um perito no assunto em questão; celeridade, as partes podem definir prazos para a conclusão; economia (boa relação custo x benefício) e segurança jurídica, com respaldo do Poder Judiciário.

5. POSSIBILIDADES DE RESOLUÇÕES NO AGRONEGÓCIO DE FORMA PACÍFICA

Com a evolução das relações econômicas e jurídicas do agronegócio e a sofisticação das atividades agrícolas, a utilização de instrumentos jurídicos que possam proporcionar aos produtores rurais um melhor controle e resolução dos negócios, verifica-se através dos meios adequados de solução de conflitos.

Nesse sentido, as soluções de controvérsias, através da mediação e da arbitragem, que servem como instrumento para desobstrução da justiça e aceleração

[17] FRANGE JÚNIOR, Antônio. **Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.** 01 de outubro de 2021. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao-e-arbitragem-no-agronegocio/>.

na resolução dos conflitos entre os interessados, configuram uma maneira eficaz e célere para resolução de disputas e controvérsias, acompanhando a necessidade do agronegócio, frente a sua acelerada evolução.

Sendo a mediação um método extrajudicial de solução de conflitos que utiliza o diálogo entre as partes, de modo que uma terceira pessoa, escolhida pelas partes (mediador), atua como facilitador, para que possam chegar a um acordo, mostra-se uma ferramenta capaz de obter os resultados necessários para resolução de disputas.

Contudo, a arbitragem, também um método extrajudicial, as partes terão através de um árbitro, indicado de forma independente e imparcial atuando como juízes de fato e de direito para a solução do litígio, uma outra ferramenta igualmente adequada e possível para resolver conflitos.

A utilização destes métodos adequados de resolução de conflitos no agronegócio, mostram-se como instrumentos eficazes para o desenvolvimento do setor no país, estando aptas para solucionar conflitos de compra e venda de produtos agrícolas; parcerias e arrendamentos rurais; compra e venda de imóveis rurais; condomínios rurais; operações de barter; pré-pagamento de exportação de commodities; operações financeiras com títulos de crédito do agronegócio (CPR, CDCA, CRA, LCA e CIR); relações cooperativistas; licenciamentos e tecnologias ligadas às agrotechs; contratos de integração vertical; compra e financiamento de máquinas agrícolas e insumos agrícolas, disputas societárias de empresas rurais, dentre outros[18].

De acordo com Guilherme, Garcel e Souza Netto:

> Os métodos consensuais de resolução de conflitos também se estendem para o setor do agronegócio. Em janeiro de 2021 o Poder Judiciário paranaense anunciou o lançamento do Centro de Conciliação voltado ao Agronegócio, o CEJUSC Agro, na cidade de Palmas, no intuito de possibilitar ao agricultor maior eficiência e celeridade no tratamento de seus conflitos, reduzir a burocracia na renegociação de dívidas dos produtores junto às instituições financeiras e garantir que o agronegócio tenha maior acesso à Justiça e aos meios conciliatórios. Por meio da Escola Judicial do Paraná (EJUDPR) foi realizado, em dezembro de 2021, o I Congresso Brasileiro de Direito e Agronegócio, com a participação de diversos especialistas do setor. No Tribunal de Justiça da Bahia, foi inaugurado um Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos na Comarca de Formosa do Rio Preto. O município é o maior em extensão territorial do estado da Bahia e é o 8º município com maior produção agrícola do Brasil e o 2º no ranking dos maiores PIBs agrícolas da Bahia, segundo o IBGE. O Poder Judiciário Estadual do Mato Grosso lançou o Projeto Mediação no Agronegócio, ação

[18] FRANGE JÚNIOR, Antônio. **Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.** 01 de outubro de 2021. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao-e-arbitragem-no-agronegocio/>.

> firmada com diversos parceiros, entre eles a Federação dos Bancos (Febraban). A iniciativa teve o intuito de viabilizar pautas concentradas em diversos polos do estado do Mato Grosso para a realização de mediação entre agricultores e bancos, para fomentar a cultura do diálogo e solucionar processos por meio da autocomposição. Assim, a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos incentiva a autonomia e o diálogo, previne a excessiva judicialização e, na seara do agronegócio, proporciona ao empresário e ao agricultor maior celeridade e novas possibilidades na resolução dos litígios para o desenvolvimento econômico e social do país.[19]

Conforme descrito, os meios adequados de solução de conflitos tornaram-se ferramentas extremamente importantes e facilitadoras na resolução de controvérsias principalmente em matéria do agronegócio, com destaque para soluções que possam realmente serem pacificadoras, pondo um fim satisfatório para todos as envolvidos no litígio.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações apresentadas sobre o agronegócio e a indicação de possibilidades que admitem a resolução por outra via que não a judicial, evidencia-se a necessidade de uma aplicabilidade cada vez maior e mais efetiva, através dos meios alternativos de solução de conflitos

Nesse sentido o conhecimento sobre o tema em comento é o diferencial para que empresas e negócios possam manter suas condutas de organização, responsabilidades e resolução de controvérsias como condutas cotidianas em sua atividade.

Estabelecer os meios que possam estar mais adequadas as questões que necessitam de resolução, bem como, previsão e cuidado constante com o bem-estar das relações negociais e entre os envolvidos, é condição imprescindível para que o agronegócio continue sendo referência em termos de atividade econômica, respeitada pela sociedade como um todo.

Da mesma forma, a evolução das relações econômicas e jurídicas do agronegócio e a sofisticação das atividades agrícolas, fazem com que a utilização de instrumentos jurídicos que possam proporcionar aos produtores rurais um melhor

[19] GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane, SOUZA NETTO, José Laurindo de. O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS. **Revista Gralha Azul.** EDIÇÃO 13 AGO-SET/2022. Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/70893026/25+O+PODER+JUDICIARIO+E+O+AGRONEGOCIO+-+A+POSSIBILIDADE+DE+RESOLUCAO+CONSENSUAL+DOS+CONFLITOS+AGRARIOS-+-+Gustavo+Calixto+Guilherme/3fb95484-c7c2-4fae-1c5c-70b9c4e6d2d4> p. 283.

controle e resolução dos negócios, sendo a realidade para uma sociedade que precisa estar atenta as suas reais necessidades.

Portanto, a utilização dos meios adequados de solução de conflitos incentiva a autonomia e o diálogo, além de prevenir a excessiva judicialização e, na seara do agronegócio, irá proporcionar ao empresário e ao agricultor maior celeridade e novas possibilidades na resolução dos litígios, para o desenvolvimento econômico e social do país.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AWFEIQ, Reshad. Direito ao desenvolvimento e agronegócio: a incompatibilidade do modelo agrário brasileiro frente à ordem econômica constitucional. **Revista Jurídica**. v. 4, n. 76, p. 288 – 316. out. 2023. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/-view/5785>. Acesso em: 16 dez. 2023.

BATALHA, Mário Otávio. (coord.). **Recursos humanos para o Agronegócio brasileiro**. Brasília: CNPQ, 2000.

BURANELLO, Renato. Agronegócio: conceito. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Comercial**. Edição 1, julho 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio:-conceito>. Acesso em: 16 dez. 2023.

CONJUR. **Justiça em números**. 29 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-29/315-milhoes-casos-novos-judiciario-recorde-2022/#:~:text=Principal%20fonte%20das%20estat%C3%ADsticas%-20oficiais,%25)%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202021>. Acesso em: 16 dez. 2023.

FRANGE JÚNIOR, Antônio. **Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem**. 01 de outubro de 2021. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao-e-arbitragem-no-agronegocio/>. Acesso em: 17 dez. 2023.

GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo de. O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A Possibilidade De Resolução Consensual Dos Conflitos Agrários. **Revista Gralha Azul**. EDIÇÃO 13 AGO-SET/2022. Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/-documents/13716935/70893026/25+O+PODER+JUDICIARIO+E+O+AGRONEGOCIO+-+A+POSSIBILIDADE+DE+RESOLUCAO+CONSENSUAL+DOS+CONFLITOS-+AGRARIOS+-+Gustavo+Calixto+Guilherme/3fb95484-c7c2-4fae-1c5c-70b9c4e6d2d4>. Acesso em: 17 dez. 2023.

MACHADO, Rafael Freitas. Os meios adequados de solução de conflitos e o agronegócio. **Jornal Dia de Campo. Coluna Visão Jurídica**. 17/12/2023. Disponível em: <http://www.diadecampo.com.br/zpublisher/materias/Materia.asp?id=31949&-secao=Colunas%20e%20Artigos>. Acesso em: 16 dez. 2023.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

PETTENGILL FILHO, Reinaldo. **O Agronegócio e os métodos adequados de solução de conflitos. 2020**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-agronegocio-e-os-metodos-adequados-de-tratamento-de-conflitos/927851790>. Acesso em: 15 dez. 2023.

WINTER, Marcelo Franchi. Aspectos essenciais ao sucesso das operações comerciais e financeiras no Agronegócio. In: SOUZA, Lucas Monteiro de; RODRIGUES, Rafael Molinari. **Direito do Agronegócio: Teoria e prática**. São Paulo: LTr. 2019.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

DESMATAMENTO E SAÚDE HUMANA: O PAPEL DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL FRENTE AOS RISCOS DAS ARBOVIROSES

DEFORESTATION AND HUMAN HEALTH: THE ROLE OF ENVIRONMENTAL LEGISLATION IN FRONT OF THE RISKS OF ARBOVIROSIS

Gessuelyton Mendes de Lima[1]

Paulo de Tarso de Lara Pires[2]

Antonio Evangelista de Souza Netto[3]

Resumo: Teve-se por objetivo central investigar o papel do Direito Ambiental frente às confluências existentes entre o desmatamento, a emergência de zoonoses e arboviroses e os seus respectivos impactos na saúde humana. Pretendeu-se ainda, por objetivos específicos: examinar os fundamentos do Direito Ambiental, da saúde humana, do desmatamento e da proliferação de patógenos nocivos à saúde humana; analisar os aspectos centrais relacionados às florestas, bem como as implicações do desmatamento para ao surgimento de zoonoses e arboviroses, frente aos impactos decorrentes na saúde humana; discutir as principais estratégias e instrumentos legais relacionados e suas implicações e; identificar tendências que empreguem intervenções legais para controlar as pragas e o desmatamento, considerando simultaneamente os aspectos de conservação ambiental e promoção da saúde humana. Por meio de uma pesquisa de natureza descritiva exploratória, de método dedutivo e análise qualitativa, o estudo realizado demonstrou a pertinência do princípio da precaução do Direito Ambiental, como uma via a ser adotada no cenário jurídico, pois, frente à imprevisibilidade dos danos e seus desdobramentos, recorda-se a importância de antecipar riscos. Mesmo com a presença do referido princípio em alguns dispositivos legais e entendimentos, o estudo demonstrou que ainda restam vastos desafios quanto à sua implementação factível, principalmente devido à falta de entendimento quanto à natureza do princípio. O estudo realizado também enfatizou que a saúde humana não pode ser considerada à parte da saúde ambiental e animal, tendo em vista que com estas interage e delas depende. Reitera-se ainda que as discussões e apontamentos deste estudo contribuem e fomentam a consecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, especificamente dos ODS 3 (Saúde e Bem-Estar), ODS 13 (Ação Contra a Mudança Global do Clima), ODS

[1] Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Pós Graduando em Segurança de Barragens. Pós Graduando em Engenharia Florestal e Engenharia e Gestão Ambiental. Especializações em Auditoria e Perícia Ambiental; Engenharia de Segurança do Trabalho e Educação a Distância 4.0. Engenheiro Ambiental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9775407414426080>.

[2] Possui graduação em Engenharia Florestal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), graduação em Direito - Faculdade de Direito Curitiba, mestrado em Economia e Política Florestal e doutorado em Ciências Florestais pela UFPR. Atualmente é Diretor presidente dos Sistema de Tecnologia, Monitoramento Ambiental e Meteorologia do Paraná - SIMEPAR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0670032752534789>.

[3] Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor-Geral do Fórum. Juiz Eleitoral Titular da 69 Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutor em Direito pela Universitá degli Studi di Messina – Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1450737398951246>.

15 (Vida Terrestre), 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) e ODS 17 (Parcerias e Meios de Implementação). Conclui-se que vida humana é indissociável do meio ambiente e duas dinâmicas, e que qualquer desequilíbrio causado a esse ambiente e à sua biodiversidade pode ter efeitos imprevisíveis e, por vezes, irreparáveis à saúde humana, de modo que a aplicação do princípio da precaução do Direito Ambiental deve orientar o desenvolvimento, avaliação e implementação de políticas relacionadas ao desmatamento, a fim de proteger todo o complexo sistema que comporta o meio ambiente, a saúde e o bem-estar das gerações presentes e futuras.

Palavras-Chave: Arboviroses; Degradação Ambiental; Desmatamento; Direito Ambiental; Saúde Humana.

Abstract: The main objective was to investigate the role of Environmental Law in the face of the confluences between deforestation, the emergence of zoonoses and arboviruses and their respective impacts on human health. The specific objectives were also: to examine the foundations of Environmental Law, human health, deforestation and the proliferation of pathogens that are harmful to human health; to analyze the central aspects related to forests, as well as the implications of deforestation for the emergence of zoonoses and arboviruses, in view of the resulting impacts on human health; to discuss the main strategies and legal instruments related to them and their implications; and to identify trends that employ legal interventions to control pests and deforestation, simultaneously considering the aspects of environmental conservation and promotion of human health. Through descriptive exploratory research, using a deductive method and qualitative analysis, the study demonstrated the relevance of the precautionary principle of Environmental Law as a path to be adopted in the legal scenario, since, given the unpredictability of damages and their consequences, it is important to anticipate risks. Even with the presence of this principle in some legal provisions and understandings, the study demonstrated that there are still vast challenges regarding its feasible implementation, mainly due to the lack of understanding regarding the nature of the principle. The study also emphasized that human health cannot be considered separately from environmental and animal health, given that it interacts with and depends on them. It is also worth reiterating that the discussions and notes in this study contribute to and foster the achievement of the United Nations Sustainable Development Goals, specifically SDG 3 (Good Health and Well-being), SDG 13 (Climate Action), SDG 15 (Life on Land), SDG 16 (Peace, Justice and Strong Institutions) and SDG 17 (Partnerships for the Goals). It is concluded that human life is inseparable from the environment and its two dynamics, and that any imbalance caused to this environment and its biodiversity can have unpredictable and, at times, irreparable effects on human health, so that the application of the precautionary principle of Environmental Law should guide the development, evaluation and implementation of policies related to deforestation, in order to protect the entire complex system that comprises the environment, health and well-being of present and future generations.

Keywords: Arboviruses; Environmental Degradation; Deforestation; Environmental Law; Human Health.

1. INTRODUÇÃO

A emergência de doenças infecciosas com origem na vida selvagem e que eventualmente foram transmitidas aos seres humanos não é um fenômeno desconhecido (Layrargues, 2020). Embora não haja consenso científico acerca de como, quando e onde essas zoonoses podem emergir, há considerável entendimento consolidado no sentido que desmatamento, perturbações em habitats, destruição de ecossistemas, degradação ambiental, mudanças climáticas e proximidade entre humanos e a fauna selvagem intensificam o risco desse processo (Vora *et al*., 2023).

O fator proximidade ainda pode ser atenuado pela presença de vetores de transmissão, muitas vezes organismos hospedeiros de patógenos zoonóticos que se encontram frequentemente entre comunidades humanas, conhecidos como pragas – especialmente mosquitos, roedores, etc. (Ellwanger *et al*., 2022; Baker *et al*., 2022).

Desse breve panorama, recorda-se que ao desequilíbrio ecológico ocasionado por atividades antrópicas, como o desmatamento e queimadas de florestas tropicais para a expansão agrícola, construção de grandes obras ou atividades mineradoras, por exemplo, atribui-se uma sequência de consequências e danos irreversíveis ao meio ambiente – mas não somente a ele, haja vista que a vida humana integra o meio ambiente e dele depende completamente para a manutenção de sua vida e dignidade humana (Carrero *et al*., 2020; Vora *et al*., 2023).

Diante de tal cenário, o presente estudo visa compreender como o Direito Ambiental pode ser empregado para cercear os impactos decorrentes do desmatamento e da degradação ambiental, com vistas à proteção da saúde humana, especialmente diante da crescente ameaça das doenças zoonóticas, seu surgimento e proliferação.

Por objetivo central, pretende-se investigar o papel do Direito Ambiental diante das confluências existentes entre o desmatamento, a emergência de zoonoses e os seus respectivos impactos na saúde humana. Por objetivos específicos, busca-se: a) examinar os fundamentos do Direito Ambiental, da saúde humana, dos desmatamentos e da proliferação de patógenos nocivos à saúde humana; b) analisar os aspectos centrais relacionados às florestas, bem como as implicações do desmatamento para ao surgimento de zoonoses e os impactos decorrentes na saúde humana; c) discutir as principais estratégias e instrumentos legais relacionados e suas implicações; d) identificar tendências emergentes na literatura que empreguem intervenções legais para controlar as pragas e o desmatamento, considerando

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

simultaneamente os aspectos de conservação ambiental e promoção da saúde humana.

Como mencionado, no cenário contemporâneo, onde as dimensões da preservação ambiental e da saúde humana convergem de maneira desordenada, a análise do papel do Direito Ambiental torna-se não apenas relevante, mas também urgente. A inter-relação entre essas esferas tem sido ressaltada por eventos marcantes, como a recente pandemia, que advertiu a vulnerabilidade humana frente às doenças infecciosas emergentes, muitas das quais possuem ligações diretas ou indiretas com a degradação ambiental, proliferação de pragas e o desequilíbrio ecossistêmico impulsionados pelo desmatamento (Tier, 2022).

O crescente desmatamento e a disseminação de pragas, frequentemente impulsionados por práticas antrópicas insustentáveis, estabelecem um cenário crítico. Essas ações, ao mesmo tempo que ameaçam a integridade dos ecossistemas florestais, também elevam o risco de doenças zoonóticas que podem ter impactos devastadores na saúde humana. A pandemia de Covid-19 demonstrou contundentemente como o desequilíbrio ecológico e a proximidade humana desordenada com a fauna silvestre pode facilitar a transmissão de patógenos de animais para humanos, resultando em consequências de escala global e irreversíveis (Vora *et al*., 2023).

Assim, justifica-se explorar a relevância do Direito Ambiental diante dos eminentes riscos à saúde humana e aos ecossistemas ocasionados pelo desmatamento e pela disseminação de patógenos nocivos. A investigação dos dispositivos do direito figura como central nesse âmbito, pois é passível de favorecer políticas que direcionam ações sustentáveis, regulamentam práticas de manejo responsáveis e estabelecem mecanismos acautelares quanto às zoonoses, tendo em pauta tanto a saúde dos ecossistemas quanto a humana.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

O Direito Ambiental, ramo jurídico de imensa relevância no cenário contemporâneo, encontra suas origens ainda na Revolução Industrial do século XIX, período no qual as atividades humanas efetivamente começaram a demonstrar impactos significativos sobre os ecossistemas. A acelerada industrialização gerou degradações ambientais tão evidentes que levaram a uma crescente consciência

acerca da necessidade de regular e proteger os recursos naturais, especialmente a partir das últimas décadas do século XX (Sampaio, 2013).

A partir de então, o Direito Ambiental evoluiu, juntamente os desafios e problemas intercorrentes, abrangendo uma variedade de questões, desde a conservação da biodiversidade, a mitigação das mudanças climáticas e a preocupação com a saúde humana e ambiental diante dos perigos da degradação ambiental. Por meio de tratados internacionais, legislações nacionais e jurisprudência, o Direito Ambiental intenta equilibrar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, visando um futuro saudável e possível para as gerações presentes e futuras (Padilha, 2010).

Ao conceituar o Direito Ambiental, Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 5) o apresenta como "a norma que, baseada no fato ambiental e no valor ético ambiental, estabelece os mecanismos normativos capazes de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente". Aprofundando-se nessas três esferas – fato, norma e valor, o autor esclarece:

> O fato que se encontra à base do [direito ambiental] **é a própria vida humana**, que necessita de recursos ambientais para a sua reprodução, a excessiva utilização dos recursos naturais, o agravamento da poluição de origem industrial e tantas outras mazelas causadas pelo crescimento econômico desordenado, que fizeram com que tal realidade ganhasse uma repercussão extraordinária no mundo normativo do dever ser, refletindo-se na norma elaborada com a necessidade de estabelecer novos comandos e regras aptos a dar, de forma sistemática e orgânica, um novo e adequado tratamento ao fenômeno da deterioração do meio ambiente. O valor que sustenta a norma ambiental é o reflexo no mundo ético das preocupações com a própria necessidade de sobrevivência do Ser Humano e da manutenção das qualidades de salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida, isto para não se falar da crescente valorização da vida de animais selvagens e domésticos (Antunes, 2010, p. 5, grifos nossos).

Antunes (2010) entende o Direito Ambiental como uma norma que emerge do fato ambiental e do valor ético ambiental, de modo que o fato se substancia na vida humana e sua relação intrínseca com os recursos ambientais, recursos estes que vem sendo explorados de modo insustentável e desenfreado.

A norma apresentada traz a necessidade de agir diante desse cenário, ocasionando regulamentações que visem conter a deterioração ambiental. Por sua vez, o valor subjacente à norma deriva das inquietações éticas relacionadas à preservação ambiental e à sobrevivência humana. Sob esse viés, o entendimento do

autor ressalta a interconexão desses três pilares no Direito Ambiental, reforçando a imperativa concepção da matéria de maneira holística e sistêmica (Antunes, 2010).

Na mesma linha, Édis Milaré (2015, p. 256) sustenta o Direito Ambiental como um complexo de "princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações".

Pertinente mencionar que o conceito de meio ambiente se encontra cunhado no § 1º do artigo 3º da Política Nacional do Meio Ambiente, como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (Brasil, 1981). Diante disso, Terence Trennepohl (2019, p. 48) enfatiza que o Direito Ambiental trata da regulação das relações jurídicas que permeiam as ordens mencionadas na definição legal, ocupando-se, para isso, dos "princípios e normas relativas ao meio ambiente, especialmente naquilo que diz respeito a sua interação com o homem".

Luís Paulo Sirvinskas (2020, p. 177) questiona o conceito de meio ambiente representado na referida Lei n. 6.938/81, afirmando que "o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente natural".

Sob o viés constitucional, a Carta Magna assegura um capítulo especial ao tema (Capítulo VI – Do Meio Ambiente), onde menciona, no artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este o "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (Brasil, 1988).

O bem ambiental, conforme a Constituição Federal de 1988, remete àquele de uso comum e essencial à qualidade de vida. O art. 3, § V da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) destaca o bem de uso comum, sob a alcunha de recursos ambientais, como "a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora", ou seja, o meio ambiente equilibrado (Brasil, 1981; Sirvinskas, 2020).

De tal maneira, o Direito Ambiental ocupa-se dos "denominados interesses difusos e não interesses individuais homogêneos e nem tampouco interesses coletivos", haja vista que o bem ambiental se enquadra como um bem situado no campo intermediário entre público e privado – portanto, difuso. Sendo assim

imperativo “delimitá-lo [o direito ambiental] ao meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho, deixando suas especificidades aos outros ramos da ciência e/ou do direito” (Sirvinskas, 2020, p. 178).

Essa divisão do meio ambiente torna sua compreensão e estudo mais didáticos, de forma que o meio ambiente natural abarca componentes como a atmosfera, corpos d'água interiores, superficiais e subterrâneos, zonas costeiras, solo, subsolo, elementos da biosfera, fauna, flora, biodiversidade e patrimônio genético; o meio ambiente cultural inclui bens materiais e imateriais, sítios históricos, paisagísticos, artísticos, arqueológicos, paleontológicos, ecológicos e científicos; o meio ambiente artificial compreende infraestruturas urbanas e prédios públicos como arquivos, bibliotecas, museus e instalações científicas; e o meio ambiente do trabalho, que engloba a segurança e o bem-estar dos trabalhadores no cumprimento das normas de segurança (Sirvinskas, 2020, p. 178-179; Trennepohl, 2019, p. 48-49).

Retomando, o meio ambiente equilibrado é imprescindível para a sadia qualidade de vida. Ao mencionar vida, a Lei n. 6.938/81 refere-se a todas as formas de vida existentes em um ecossistema. Por outra via, a Carta Magna restringe-se a considerar a vida humana, sendo a vida humana requisito primordial para os direitos fundamentais (Sirvinskas, 2020). Nesse sentido, Antunes (2010) reitera:

> É imperioso perceber que, mesmo com forte conteúdo econômico, não se pode entender claramente o Direito Ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento dos valores propriamente humanos. A conservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (recursos econômicos) é um instrumento para garantir um bom padrão de qualidade de vida para os indivíduos (Antunes, 2010, p. 16-17).

Nesse diapasão, Sirvinskas (2020) relata que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à vida humana é, em última análise, aquele assegurado a partir do respeito à dignidade humana, princípio basilar do texto constitucional.

Esse entendimento conduz à percepção de Antunes (2010, p. 17), de que “o direito ao ambiente prístino é um dos direitos humanos fundamentais”, alinhada com a concepção do artigo 225 da Constituição e com Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020). De tal interpretação, o autor conclui:

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

> Uma consequência lógica da identificação do direito ao ambiente como um direito humano fundamental, conjugada com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é que no **centro de gravitação do Direito Ambiental se encontra o Ser Humano** (Antunes, 2010, p. 17, grifo nosso).

A menção de Antunes (2010) ressalta a interligação essencial entre o direito ao meio ambiente e a dignidade da pessoa humana, o que reforça a dimensão humanocêntrica do Direito Ambiental. De fato, o direito ao meio ambiente é reconhecido como um direito de terceira geração, destacando-se ao lado dos direitos civis e políticos (de primeira geração) e dos direitos econômicos e sociais (de segunda geração). Esse *status* reflete a crescente consciência global sobre a necessidade de garantir a preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, a centralidade do ser humano na equação enfatiza a importância do indivíduo em si e, ao mesmo tempo, reitera a responsabilidade de proteger o ambiente como um componente intrínseco à qualidade de vida e da dignidade humana. O Direito Ambiental, portanto, transcende a mera regulamentação de recursos naturais e ecossistemas; ele se estabelece como uma disciplina jurídica intrinsecamente ligada à garantia do bem-estar humano e à sustentabilidade do planeta.

3. FLORESTAS E SAÚDE HUMANA: IMPLICAÇÕES DO DESMATAMENTO

A valorização da saúde e bem-estar humanos é uma âncora essencial e reconhecida no desenvolvimento das políticas e regulamentações ambientais. Nesse ínterim, a vital importância das florestas para a saúde humana deve ser investigada. As florestas desempenham múltiplas funções vitais para a manutenção da vida, atuando não apenas como reservatórios de biodiversidade, mas também como reguladores climáticos e fornecedores de recursos naturais. A relação simbiótica entre a saúde humana e as florestas transcende fronteiras e disciplinas, refletindo a interdependência entre a preservação das florestas e a qualidade de vida dos indivíduos.

3.1 Das florestas: alguns apontamentos

Édis Milaré menciona que o termo floresta refere-se, em linguagem cotidiana, a “uma formação vegetal de proporções e densidade maiores. Mata, selva, grandes

extensões cobertas de arvoredo silvestre e espesso, bosques frondosos e denominações semelhantes" (Milaré, 2015, p. 550).

Sob uma perspectiva internacional e técnica, recorre-se à definição adaptada pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (*Food and Agriculture Organization of the United Nations* – FAO) que considera aspectos da ocupação e do uso do solo, além das colocações da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCC):

> Floresta é uma área de no mínimo 0,05-1,0 ha com cobertura de copa (ou densidade equivalente) de mais de 10-30%, com árvores com o potencial de atingir a altura mínima de 2-5 metros na maturidade in situ. Uma floresta pode consistir tanto de formações florestais fechadas (densas), onde árvores de vários estratos e suprimidas cobrem uma alta proporção do solo, quanto de florestas abertas. Povoamentos naturais jovens e todas as plantações que ainda atingirão densidade de 10-30% e uma altura entre 2 e 5 metros são incluídos como floresta, assim como áreas que normalmente fazem parte da área florestal e que estão temporariamente desflorestadas como resultado da intervenção humana, como a colheita ou causas naturais, mas cuja reversão da floresta é esperada (SNIF, 2019).

As florestas cobrem, atualmente, quase uma terça parte de todo o território do planeta, o que é equivalente a 4,06 bilhões de hectares. Desse total, mais da metade, cerca de 54% das florestas do mundo, estão concentradas em apenas cinco países – Federação Russa, Brasil, Canadá, Estados Unidos da América e China (FAO, 2020).

As florestas mais extensas do planeta existentes são atualmente a taiga e a floresta tropical. A taiga, também mencionada como floresta boreal ou de coníferas, constitui o maior bioma do planeta, estendendo-se por 12 milhões de quilômetros quadrados ao norte da Europa e da Ásia, além da América do Norte. Cerca de 53 milhões de quilômetros quadrados, aproximadamente 40% da superfície terrestre, são ocupados por ecossistemas florestais, formações arbustivas e savanas arborizadas. Quanto às florestas densas, estas se estendem por 29 milhões de quilômetros quadrados, uma área comparável a quatro quintos de sua abrangência no início do século XVIII. Dos 29 milhões de km², 32% pertencem ao bioma boreal, 26% ao temperado e 42% ao tropical. É notável que três quartos das áreas de floresta aberta e campos arbustivos estão situados em latitudes tropicais (Milaré, 2015).

As florestas tropicais estão localizadas principalmente entre os trópicos de Câncer e Capricórnio, compreendendo as regiões próximas à linha do Equador. Essas florestas distribuem-se em vários continentes entre as latitudes 22º sul e 22º Norte,

como na América do Sul, África Ocidental, sudeste asiático e partes da Oceania. Nessas áreas, as condições climáticas quentes e úmidas propiciam o crescimento exuberante de vegetação, caracterizando as florestas tropicais como ecossistemas ricos em biodiversidade e importantes para o equilíbrio ambiental global (Odum, 1997).

Especificamente, o Brasil, além de ocupar a segunda posição em área florestal do planeta, concentra a maior extensão de floresta tropical do mundo, cerca de 500 milhões de hectares (equivalente a 59% do território nacional), predominantemente concentrada na Floresta Amazônica (FAO, 2020; De Oliveira *et al*., 2022).

Assim, a região da bacia Amazônica abriga a extensão mais significativa das florestas tropicais, englobando mais de 5 milhões de km², abrigando cerca de uma terça parte de todas as espécies animais e vegetais do planeta. Juntas, as florestas tropicais representam o coração da biodiversidade global, sustentando aproximadamente 50% das espécies catalogadas e um número ainda maior de espécies não documentadas (Xavier *et al*., 2022).

A partir da cooperação entre o Ministério do Meio Ambiente e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foi elaborado o Mapa dos Biomas Brasileiros, considerando como bioma um "grande conjunto de vida vegetal e animal caracterizado pelo tipo de vegetação dominante"[4]. A partir desse Mapa, foram definidos os seguintes biomas continentais brasileiros: Bioma Amazônia, Bioma Mata Atlântica, Bioma Caatinga, Bioma Cerrado, Bioma Pantanal e Bioma Pampa[5].

Nesses biomas, uma diversidade variada de vegetação, incluindo formações florestais e outras tipologias, pode ser encontrada. Considerando o conceito proposto previamente de florestas, é possível identificar a presença de florestas em todos os biomas brasileiros, em diferentes condições de conservação (De Oliveira *et al*., 2022).

De Oliveira *et al*. (2022) reiteram ainda que a presença abrangente dessas florestas por todo o território nacional confere-lhes um papel vital na sustentação da biodiversidade, na manutenção de serviços ecossistêmicos e na promoção do desenvolvimento sustentável do país. Ademais, tendo em vista as dimensões

[4] IBGE: Síntese descrição dos biomas. Disponível em: <https://geoftp.ibge.gov.br/-informacoes_ambientais/estudos_ambientais/biomas/documentos/Sintese_Descricao_Biomas.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.
[5] *Ibid.*

expressivas das florestas brasileiras, sua relevância assume dimensões internacionais.

3.1.1 Desmatamento e degradação das florestas

Diante de tão ampla diversidade que as florestas abrigam, sem dúvida um ponto de imensa pertinência e preocupação nesse contexto é a degradação e desmatamento destas florestas. Ambos representam um desafio significativo no contexto global, com impactos que se estendem para diversas áreas.

Inicialmente, é válido diferenciar o emprego de ambos os termos – desmatamento e degradação florestal. O grupo de pesquisa, norteado pelo professor Matricardi *et al*. (2020), apontam que essa diferenciação é pertinente, pois, embora o desmatamento seja mais evidente – e gravíssimo –, a degradação florestal também desencadeia extensos prejuízos ambientais e vem crescendo muito atualmente, junto ao desmatamento, mas de maneira mais silenciosa – e preocupante.

Para os autores:

> O desmatamento é a conversão completa de florestas para outro tipo de uso da terra, geralmente pastagem, na Amazônia Brasileira. A degradação florestal ocorre dentro das florestas e é caracterizada pela perda de biomassa dentro de um dossel florestal intacto. A degradação florestal também é um resultado secundário do desmatamento, que produz efeitos de borda e manchas de floresta isoladas em florestas fragmentadas. Essas perturbações têm importantes consequências ambientais em larga escala, incluindo a liberação de gases de efeito estufa, alteração dos balanços de água e energia, perda de biodiversidade e aumento da incidência de doenças infecciosas (Matricardi *et al*., 2020, p. 1, tradução nossa).

Como visto, a distinção entre desmatamento e degradação florestal reside na extensão do impacto humano nas áreas florestais. No primeiro caso, há a completa conversão da área florestal para outros usos da terra, enquanto no segundo, a degradação florestal acontece dentro das próprias áreas florestais, por meio da perda de biomassa sob uma cobertura florestal aparentemente intacta. Berenguer *et al*. (2021, p. 3, tradução nossa) reitera que a degradação florestal se caracteriza pela “perda significativa da estrutura, funções e processos florestais”.

Esse aspecto reforça o perigo silencioso da degradação, pois, mesmo que não seja evidente e sendo geralmente subproduto do desmatamento, ela gera contínuos danos ao equilíbrio dos ecossistemas. No âmbito deste estudo, também é necessário reconhecer as consequências da degradação florestal simultaneamente ao

desmatamento, haja vista que tais perturbações não são irrelevantes e desencadeiam significativos danos ambientais.

Para Simmons (2018), o desmatamento ocorre quando as florestas são destruídas para que a terra poder ser usada para outros fins. Já Mawalagedara e Oglesby (2012) afirmam que o desmatamento é a remoção da cobertura vegetal natural existente, especialmente onde a cobertura nativa é predominantemente florestal.

Williams (2006) recorda que o desmatamento (seja entendido como a redução, a transformação ou a eliminação das florestas) não se trata de um fenômeno recente, mas antes tão antigos quanto a presença humana da Terra, representando assim um dos processos-chave na história da humanidade e nas suas relações com a superfície terrestre.

Ainda assim, o autor discute que é pertinente entender cada contexto de desmatamento dentro de seu período temporal e analisar os fatores que contribuíram para esses padrões. O desmatamento está ligado às necessidades humanas básicas, como combustível, construção e alimentos, e essas demandas persistem ao longo do tempo. No entanto, no mundo contemporâneo, o desmatamento não pode ser explicado apenas por meio dessas necessidades, sendo crucial examinar as interações sociais, econômicas e políticas que perpetuam e amplificam esse fenômeno, incluindo políticas governamentais, demandas globais e dinâmicas sociais locais (Williams, 2006).

Os desmatamentos podem decorrer de processos naturais, como incêndios que consomem vastas extensões florestais do mundo todo ano, embora muitos desses incêndios iniciem devido às atividades humanas. De fato, a maioria dos desmatamentos está de alguma forma associada aos seres humanos (Simmons, 2018).

De Barros *et al*. (2021, p. 235) complementam ao afirmar que as significativas reduções nas áreas de florestas e ambientes naturais em todo o globo decorrem, “principalmente, de incêndios, corte de árvores para propósitos comerciais e produção de energia e devastação de terras para utilização da agropecuária de forma não sustentável e inapropriada”.

Evidente que o aumento populacional associado ao aumento na demanda por espaço, alimentos, combustíveis e materiais para construção impulsionam o desmatamento. Mawalagedara e Oglesby (2012, p. 3) expõem que, nos últimos 300

anos, foram desmatados de 7 a 11 milhões de km² de floresta no mundo. E, considerando que aproximadamente 70% de todos os animais e plantas do planeta encontram-se em florestas, esse é um cenário preocupante, afinal o desmatamento representa um impacto devastador na biodiversidade.

Especialmente nas últimas décadas, fatores que modificam rapidamente a paisagem, como a expansão urbana, ocasionam sérios danos aos espaços naturais, como sua destruição e fragmentação, resultando no isolamento de habitats naturais. Tais mudanças impactam negativamente na biodiversidade, afetando tanto a fauna quanto a flora. Associada à expansão urbana, o avanço da pecuária, os já mencionados incêndios, a poluição dos rios e a devastação de florestas para criar áreas de pastagem ou terrenos agrícolas, juntamente com o uso de herbicidas e agrotóxicos, representam uma ameaça grave para todos os ecossistemas (De Barros *et al*., 2021, p. 235-236).

Mawalagedara e Oglesby (2012, p. 9) afirmam que, embora não haja concordância plena entre as pesquisas relacionadas, há uma indicação clara que as causas do desmatamento estão relacionadas a investimentos em infraestrutura, expansões das fronteiras agrícolas e de pastagens, questões de posse de terra, falta de vigilância adequada pelos governos, alta demanda por produtos florestais (madeira), assentamentos rurais, mineração e exploração madeireira. A crescente demanda internacional por commodities e crises globais de terra também podem afetar o desmatamento (Carrero *et al*., 2020).

Em consequência, mudanças no regime de chuvas – o que aumenta o risco de incêndios florestais durante as estiagens – mudanças negativas no nível dos rios e na qualidade da água, bem como enormes perdas de biodiversidade. O desmatamento também afeta dramaticamente as populações humanas que vivem nas florestas ou dependem delas para viver. Povos indígenas e comunidades tradicionais têm seus territórios reduzidos ou invadidos pelos desmatadores (Mawalagedara; Oglesby, 2012, p. 9).

Para Simmons (2018, p. 4-6), o desmatamento e suas consequências ocorrem globalmente, porém, as florestas tropicais representam um dos cenários mais frequentes desse fenômeno. Esta predominância se justifica devido à riqueza dessas florestas em recursos vitais, como madeira, solos altamente ricos em nutrientes para a agricultura e disponibilidade de recursos minerais.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A floresta Amazônica é a maior representante desse cenário, ao abrigar a maior biodiversidade dentre as florestas tropicais de todo mundo: cerca de 1/3 das espécies animais e vegetais descritas encontram-se na Amazônia. Estima-se que a floresta amazônica ocupe 5 milhões de km², estendendo-se por nove países da América do Sul. O Brasil detém a maior porção de todo o bioma amazônico (60%), significando 59% do território nacional (Muniz *et al*., 2022).

Para Berenguer *et al*. (2021), no caso da Amazônia, o desmatamento e a degradação ambiental decorrem de uma série de fatores subjacentes e diretos, os quais atuam em escala global, regional e local. Dentre os subjacentes, estão os fatores que afetam as ações humanas, tais como a ausência de governança, variação nos valores de commodities e terras. Dentre os fatores diretos, figuram as ações humanas que impactam a natureza, como a expansão de áreas agrícolas e pastagens, construção de hidroelétricas, abertura de estradas, além da exploração de petróleo e minerais.

Berenguer *et al*. (2021) explicam que esses fatores geralmente atuam simultaneamente, muitas vezes de forma indissociável (isso porque, por exemplo, a construção de novas rodovias estimula o desenvolvimento de centros urbanos, impulsionando uma série de cenários favoráveis ao aumento nas taxas de desmatamento). Dessa forma, torna-se muito complexo quantificar individualmente os impactos de cada fator no funcionamento e equilíbrio dos ecossistemas.

Seja como for, o impacto direto mais evidente do desmatamento é a ampla perda da biodiversidade, pois áreas florestais anteriormente ricas em espécies animais e vegetais tornam-se terrenos agrícolas extensos ou áreas urbanas pobres em espécies. Concomitantemente, existem impactos não tão evidentes do desmatamento e da degradação florestal, mas que geram problemáticas extensas a nível local, regional e global, tais como alterações nas temperaturas e regimes de precipitação, além da elevação das emissões de gases do efeito estufa, contribuindo com a intensificação das mudanças climáticas (Berenguer *et al*., 2021, p. 4).

Geist e Lambin (2001) acrescentam que os fatores mais determinantes para o desmatamento estão intrinsecamente ligados ao uso do solo. Dentre esses fatores menciona-se a expansão de áreas para agricultura e pastagens, a exploração de recursos naturais, como a extração de madeira e a ampliação das infraestruturas. Essas destinações de uso do solo interferem diretamente nos ecossistemas e na redução da cobertura vegetal.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Campoli e Stivali (2023) apontam que, no contexto brasileiro, especialmente a partir da década de 1980 até o início deste século, a disponibilidade abundante de terras e reservas florestais nas áreas de fronteira agrícola têm sido determinantes na ocupação e exploração do solo, muitas vezes sem a adoção de práticas sustentáveis. A combinação dessa disponibilidade com a insuficiente fiscalização contribuiu para que o crescimento das áreas cultivadas ocorresse em paralelo ao desmatamento.

Como mencionado, a agricultura e a agropecuária emergem como fortes impulsionadores desse processo, intensificado ainda mais pelo aumento da especulação sobre a posse de terras. Conforme indicam os dados do IBGE (2020), de 2000 a 2018, o bioma da Amazônia no Brasil perdeu 31% da floresta nativa para as pastagens com manejo. Também nesse período, a área agrícola passou para mais de 66 mil km², um aumento de 388%. No Cerrado, entre 2000 a 2018, as terras para uso agrícola tiveram uma expansão de mais de 102 mil km².

Paralelamente, outras atividades também contribuem para a degradação das florestas, como as obras de infraestrutura e a exploração dos recursos naturais, especialmente no caso da mineração, que se destaca como uma das principais causas de destruição florestal (Xavier *et al*., 2022; Campoli, Stivali, 2023).

De fato, a degradação das florestas, especialmente o desmatamento de florestas tropicais, como a Amazônia, transcende as consequências frequentemente evidenciadas – e igualmente alarmantes – como a significativa contribuição para as mudanças climáticas, ocasionando alterações extremas nos padrões climáticos, perda de biodiversidade, sendo que estes afetam, concomitantemente, a qualidade de vida e a saúde humanas.

3.1.2 Desmatamento e cenários nacionais: implicações à saúde humana

Diante das vastas discussões e estudos recorrentes na contemporaneidade acerca das consequências dos desmatamentos, degradação florestal e das mudanças climáticas, pouco ainda é levantado acerca do impacto das florestas, especialmente sua destruição, na saúde humana. Esta questão vem sendo abordada de modo muito específico, não tendo visibilidade proporcional diante do contexto amplo da biodiversidade, das mudanças climáticas, da pobreza e do bem-estar humano, como enfatizam Karjalainen, Sarjala e Raitio (2010).

Como supramencionado por Matricardi *et al*. (2020, p. 1), as extensas perturbações ocasionadas pelo desmatamento e degradação ambiental ocasionam

consequências ambientais em larga escala, dentre elas a “perda de biodiversidade e aumento da incidência de doenças infecciosas”.

De maneira geral, uma doença infecciosa é caracterizada como:

> [...] causada por um agente infeccioso ou suas toxinas que ocorre através da transmissão direta ou indireta deste agente infeccioso ou de seus produtos, de uma pessoa infectada ou via um animal infectado, um vetor, ou através do meio ambiente inanimado até um animal susceptível ou hospedeiro humano (Buchalla, 2017, p. 5).

Quanto ao surgimento, mencionam-se, no escopo deste estudo, as doenças infecciosas emergentes. Estas podem ser definidas, conforme cita Grisotti (2010, p. 1096), como “as infecções que têm aparecido recentemente em uma população ou que já existiam, mas têm aumentado rapidamente em incidência e alcance geográfico”. A pertinência das doenças infecciosas emergentes para o contexto da presente pesquisa é evidenciada por Pedroso e Rocha:

> [...] As doenças emergentes são as que surgem com impacto significativo sobre o ser humano, devido à sua gravidade em acometer órgãos e sistemas principais e potencialidade de deixar sequelas limitadoras e mesmo morte, pelas repercussões sociais relacionadas à sua prevalência, **reveladoras de degradação ambiental** [...] (Pedroso; Rocha, 2009, p. 148, grifo nosso).

Grisotti (2010) reitera, acerca das doenças infecciosas emergentes:

> Ao longo dos tempos, foi possível identificar dezenas de novas infecções, algumas delas com elevada letalidade. Porém [...] nem sempre foi possível saber se tais infecções eram realmente novas ou se estavam presentes, mas não detectadas. Apesar disso, receberam o rótulo de doenças infecciosas emergentes (Grisotti, 2010, p. 1096).

Carvalho (2020) aponta que as doenças infecciosas emergentes se mostram cada vez mais recorrentes, sendo que desde a década de 1970, cerca de 40 doenças infecciosas foram descobertas (WHO, 2007), dentre as quais as mais conhecidas e prejudiciais foram a dengue, a gripe aviária, gripe suína, ebola, Chikungunya, Zica e variações do coronavírus. O aspecto em comum compartilhado por essas doenças é a sua origem resultante do contato entre seres humanos e animais, ou seja, são classificadas como zoonoses.

De fato, as zoonoses não são um fenômeno recente, ao ser reconhecido há muito tempo que micróbios ou vírus podem atravessar barreiras de espécies,

"saltando" de um hospedeiro para novos, nos quais podem se adaptar e multiplicar. Esse processo, conhecido como *spillover* ou "transbordamento" no português, amplia suas chances de sobrevivência biológica, já que sua capacidade de se modificar geneticamente facilita a adaptação a novos hospedeiros. Dessa forma, as zoonoses são doenças que originalmente afetavam apenas animais não humanos, mas, devido a essas adaptações, também infectam seres humanos. Como já mencionado, as zoonoses são muito recorrentes, representando cerca de 60% das doenças infecciosas que atingem seres humanos (Layrargues, 2020).

Válido pontuar as relações nas quais se interligam as zoonoses, seus vetores, os patógenos e o processo *spillover*. As chamadas pragas são um termo atribuído aos casos de proliferação de espécies que são prejudiciais à agricultura, aos ecossistemas, à economia, às regiões urbanas, bem como à saúde humana, quando propagam doenças entre humanos e outras espécies animais. As ditas pragas incluem uma diversidade de espécies com superpopulação, geralmente relacionadas a desequilíbrios ecológicos. Mencionam-se roedores, alguns insetos como mosquitos, pulgas, percevejos, aves como pombos, papagaios, pardais, dentre outros.

Os patógenos são os agentes causadores de doenças, incluindo vírus, parasitas, bactérias e fungos, podendo ser transmitidos por diversos meios, inclusive através das pragas, sendo estes seus vetores. Ellwanger *et al*. (2022) enfatizam que a perturbação humana do ambiente pode levar a um aumento do risco de eventos de *spillover* (transbordamento) mediados por vetores (estes como hospedeiros intermediários). Um caso recorrente é o mosquito do gênero Anopheles, vetores da malária. Nesse sentido, as pragas podem atuar como vetores para patógenos potencialmente perigosos, inclusive para humanos (Ellwanger; Chies, 2021).

Nesse viés, Ellwanger *et al*. (2022) mencionam que as perdas de habitat, relacionadas especialmente ao desmatamento e incêndios, induzem os animais a explorarem novos ambientes, favorecendo inclusive a incidência arboviroses[6]:

> No Brasil, estudos têm associado incêndios a surtos de Dengue, Zika, Chikungunya e Febre Amarela, especialmente em áreas onde os incêndios têm origem antropogênica e estão relacionados com a expansão da agricultura e produção de gado. O aumento nos surtos de incêndios recentemente observado no Brasil e em outros países potencialmente

[6] As arboviroses são doenças causadas por arbovírus, transmitidos principalmente por artrópodes hematófagos, como mosquitos e carrapatos. Dentre as arboviroses mais recorrentes, destacam-se a Dengue, Zika vírus, febre Chikungunya e febre amarela. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/24607>. Acesso em: 28 out. 2023.

> aumentará o risco de eventos de transbordamento envolvendo arbovírus (Ellwanger *et al*., 2022, p. 15, tradução nossa).

Os autores complementam ainda, afirmando que práticas como o tráfico e a domesticação de animais selvagens também contribuem para mudanças na distribuição geográfica de espécies animais e patógenos com potencial zoonótico. Tias processos podem colocar as comunidades humanas em contato com novos patógenos de animais exóticos movidos para novas áreas e ambientes, artificialmente (Ellwanger *et al*., 2022).

Como mencionado, as zoonoses são doenças infecciosas que podem transmitir-se entre animais e humanos, sejam causadas por vírus, bactérias, parasitas ou fungos. Já o fenômeno *spillover* mencionado anteriormente, ocorre quando patógenos de animais (não humanos) são transmitidos aos humanos. Enfatiza-se que muitas das zoonoses são transmitidas aos seres humanos por meio de pragas, de modo que o processo de *spillover* costuma ser facilitado por pragas (Gibb *et al*., 2020).

Evidentemente, fatores como perda de biodiversidade, expansão de fronteiras agrícolas, incêndios florestais, degradação de ecossistemas e a consequente proximidade de humanos com animais selvagens, ocasionam cenários propícios para a proliferação de doenças já existentes ou ampliam o risco de novos *spillovers* zoonóticos (Kulkarni, 2022).

Um exemplo desse problema foi evidenciado pelos resultados da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a qual analisou a relação entre os dados do desmatamento e estatísticas de doenças em 773 municípios da Amazônia Legal, no período de 2004 a 2012, acerca dos quais Paulino (2015, p. 52) frisa que, “para cada 1% de floresta derrubada anualmente na Amazônia, há um aumento de 23% na incidência de casos de malária e de 8% a 9% de casos de leishmaniose”, resultado que reforça os indícios de que a proliferação de doenças é um “um relevante efeito colateral da derrubada de nossas matas nativas”.

Jones *et al*. (2008) reforçam, apontando em seu estudo sobre doenças infecciosas emergentes (entre 1940 a 2004), que 60,3% desses surtos foram de zoonoses, sendo que destes, 71,8% originaram-se da vida selvagem.

Ao abordar a emergência dessas doenças, ou seu ressurgimento, Carvalho (2020, p. 93) destaca que “algumas epidemias resultam diretamente de processos evolutivos naturais dos patógenos ao longo do tempo”. Contudo, assevera haver

"aquelas que surgem como consequência da ação humana, mais especificamente como consequência da degradação do meio ambiente".

Baker *et al*. (2022) apontam que a mudança climática resguarda um papel relevante para o risco de transbordamento de patógenos. A mudança nas condições ambientais pode alterar a distribuição e densidade de espécies, levando a interações inéditas entre elas e aumentando o risco de surgimento de zoonoses.

Para Ellwanger *et al*. (2022):

> **Incêndios, desmatamento e perda de habitat fazem com que animais selvagens assumam padrões de movimento incomuns e distribuições espaciais alternativas, pois esses animais precisam deixar seus habitats naturais para obter comida, água, abrigo ou escapar do fogo, entre outras razões.** Em resposta a esses eventos, os animais muitas vezes procuram suprir suas necessidades nas fronteiras entre florestas e áreas urbanas e periurbanas (por exemplo, migração de primatas não humanos de áreas selvagens para cidades), especialmente quando ambientes urbanos são estabelecidos em áreas anteriormente ocupadas por florestas. [...] Também no Brasil, primatas não humanos (bugios) e mosquitos que habitam florestas encontrados nas interfaces cidade-floresta (como consequência da urbanização, perda de habitat e fragmentação florestal) **podem servir como pontes entre os ciclos silvestres e urbanos da febre amarela, assim como pontes para a transmissão de novos patógenos humanos provenientes da vida selvagem** (Ellwanger *et al*., 2022, p. 14-15, tradução nossa, grifo nosso).

Em condições semelhantes de desequilíbrio da vida selvagem, a presença de pragas pode viabilizar a proliferação de doenças conhecidas ou ainda o possibilitar o surgimento de novos patógenos zoonóticos.

Tal fator é enfatizado pelo estudo do grupo de pesquisa de Vora *et al*. (2023), no qual se inclui a pesquisadora brasileira Mariana Moncassim Vale. Os autores reforçam que a perturbação ecológica, especialmente no contexto das florestas tropicais e subtropicais, é um aspecto central para o surgimento e disseminação das zoonoses:

> A perturbação ecológica causada quando terras com ecossistemas intactos são convertidas para outros fins, como agricultura, aumenta o contato entre humanos, animais domésticos e vida selvagem, oferecendo oportunidades para a transmissão. Entre os tipos de ecossistemas, **o desmatamento e degradação de florestas tropicais e subtropicais provavelmente apresentam o maior risco de transmissão. O desmatamento e a degradação da floresta levam os humanos à borda da floresta, aumentando as oportunidades para o contato humano e animal doméstico com a vida selvagem e subsequente transmissão de patógenos** (Vora *et al*., 2023, p.1, grifo nosso, tradução nossa).

O estudo corrobora com o argumento de Grisotti (2010), acerca do motivo do crescente número de zoonoses emergentes na contemporaneidade:

> Alguns motivos apontados [...] são, por um lado, as alterações climáticas, o conjunto das atividades humanas que atingem, direta ou indiretamente, o ambiente, com destaque para o crescimento e assentamento populacional, e o uso indiscriminado de antibióticos. [...] A difusão da agricultura a novas áreas, assim como práticas de colheita e beneficiamento de produtos, provoca o contato com novos agentes e atraem roedores silvestres e outros animais, que se aproximam do homem em busca de alimento. Além disso, essa situação de emergência de certas doenças tem ocorrido em escala global devido, também, ao comércio e à circulação mundial rápida de pessoas, animais, plantas, mercadorias e micro-organismos (vírus, bactérias, parasitas, fungos) (Grisotti, 2010, p. 1097).

A autora destaca que tais doenças infecciosas emergentes representam uma ameaça constante e, no caso específico das zoonoses, “estas poderão sugerir um importante e potencialmente rica origem de doenças emergentes” (Grisotti, 2010, p. 1098). De fato, tal ameaça é persistente e preocupante aos seres humanos, pois como argumentam Bauerfeind *et al*. (2016, p. 16, tradução nossa), “as doenças infecciosas clássicas, como a raiva, a peste e a febre amarela, bem conhecidas há séculos, são zoonoses que não foram erradicadas apesar de grandes esforços”.

Os autores consideram que a crescente ameaça representada pelas crescentes zoonoses ao ser humano possuem diversas causas que variam conforme o país ou região. O aumento populacional, conflitos armados e a contínua deterioração das condições de vida podem levar ao deslocamento de inúmeras pessoas para aglomerados urbanos precários, resultando em uma significativa redução da qualidade da higiene e dos cuidados de saúde públicos. A proximidade desses assentamentos a grandes depósitos de lixo e sua dependência de água contaminada por esgoto facilitam o contato com roedores, animais de rua e seus parasitas (Bauerfeind *et al*., 2016).

O desmatamento para expansão agrícola, estabelecimento de novas comunidades, barragens e mineração (por exemplo) em áreas previamente isoladas dos humanos, onde animais e seus agentes patogênicos residiam, também contribuem para essa dinâmica. Nestas situações, os humanos, frequentemente hospedeiros acidentais, não possuem nenhuma adaptação às novas espécies patogênicas, resultando em altas taxas de mortalidade ou danos à saúde (Shakespeare, 2009; Bauerfeind *et al*., 2016).

Lagos e lagoas artificiais (como barragens de hidroelétricas ou de mineração) atraem animais e seus parasitas por vastas distâncias, criando ambientes ideais para a reprodução, especialmente para mosquitos. Invernos cada vez mais quentes e úmidos favorecem a proliferação de parasitas, especialmente carrapatos.

O turismo global, mencionam Bauerfeind *et al*. (2016) e Shakespeare (2009), com ênfase em expedições em áreas remotas e desafios tidos como aventuras, propicia o contato de seres humanos de países industrializados, que cresceram em ambientes praticamente estéreis, com agentes e vetores anteriormente desconhecidos.

Uma fonte potencial de infecção, para Bauerfeind *et al*. (2016) e Shakespeare (2009) é também o transporte de animais de criação e abate por grandes distâncias e através de fronteiras, com inspeções inadequadas para controle de doenças. Novos patógenos podem ser introduzidos em um país por meio da importação legal ou ilegal de animais exóticos para zoológicos, pesquisas, consumo ou residências particulares.

Outro fator que contribui com o perigo representado pelas zoonoses à saúde humana é que, apesar de elas constituírem ao menos 75% das doenças infecciosas emergentes, atualmente apenas uma pequena parcela dos vírus existentes na natureza é conhecida, sendo que grande parte deles são descobertos apenas quando novas zoonoses são detectadas (Brasil, 2020).

Diante destes e outros tantos cenários recorrentes na atualidade, sem dúvidas novas zoonoses desconhecidas surgirão no futuro. Pois, como mencionam Bauerfeind *et al*. (2016) a invasão humana de áreas anteriormente não habitadas leva a alterações e perturbações ambientais, seja voluntária ou involuntariamente, novas e potencialmente perigosas zoonoses podem emergir.

Diversos destes cenários se destacam no caso do Brasil, especialmente aqueles que estão direta ou indiretamente ligados ao desmatamento e à degradação florestal. Conforme enfatizado pelos autores, a degradação dos ecossistemas tropicais e subtropicais representa um risco significativo para o surgimento de zoonoses (Vora *et al*., 2023). A perda contínua de habitats naturais não apenas aumenta o contato entre humanos, animais selvagens e seus patógenos, mas também cria condições propícias para o desenvolvimento e disseminação dessas doenças.

Essa perspectiva de risco se amplia ao observar a dimensão das atividades da agropecuária nacional, com ênfase às regiões do bioma amazônico. Mesmo com queda em relação ao ano anterior, em 2022 o agronegócio contribuiu com 24,8% para

o Produto Interno Bruto (PIB) (CEPEA/USP/CNA, 2023), e foi responsável por 47,6% das exportações do país, destacando-se os setores da soja, das carnes e dos produtos florestais[7]. O Brasil apresenta-se atualmente como o maior exportador de carne bovina do mundo, ficando à frente de países como Estados Unidos, Índia e a Austrália. O percentual de carne bovina brasileira comercializada no mercado externo, em 2022, chegou a quase 25% (IBGE, 2022a).

Em 2021, o rebanho de bovinos no Brasil chegou a 224,6 milhões de cabeças, conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (IBGE, 2022b). Praticamente toda a base dessa produção encontra-se no pasto, que de fato representa uma forma muito econômica de alimentação dos animais. Fatores muito específicos do Brasil como condições climáticas e a vasta extensão territorial contribuem para a grande produção de carne bovina a custos reduzidos no país, visto que utilizando pastagens, o pecuarista não se encontra suscetível a variações no preço de grãos ou outros insumos.

Santos *et al*. (2021, p. 10) evidenciam que a criação extensiva de gado bovino como uma das causas do desmatamento, de modo que cerca de 60% de todas as terras desmatadas na Amazônia brasileira são ocupadas por pastagens, evidenciando a criação de gado como uma das principais causas do desmatamento.

A expressividade dos resultados e da dinâmica do agronegócio impacta diretamente no cenário de desmatamento e degradação florestal. O estudo de Pendrill *et al*. (2022, p. 1, tradução nossa) aprofunda-se nesse âmbito, afirmando que "embora o desmatamento seja impulsionado por diversos processos inter-relacionados, a expansão do uso agrícola da terra[8], incluindo cultivos, pastagens e cultivo de árvores, é a principal causa direta do desmatamento tropical".

A crescente demanda do mercado nacional e internacional impulsionam a expansão das pastagens e áreas agrícolas – e, como resultado, o avanço do desmatamento e da degradação (Viola; Mendes, 2022). Junto a isso, Santos *et al*. (2021, p. 2, tradução nossa) afirmam que, no caso da Amazônia, a criação de gado é desenvolvida associada com a agricultura, de forma que "as áreas de pastagem e cultivo de soja desempenham um papel fundamental no desmatamento da Amazônia

[7] Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/exportacoes-do-agronegocio-fecham-2022-com-us-159-bilhoes-em-vendas>. Acesso em: 28 set. 2023.
[8] O termo agricultura no referido estudo inclui "áreas cultiváveis, pastagens e cultivos de árvores, mas não engloba atividades florestais (portanto, agricultura exclui madeira, celulose e papel)" (Pendrill *et al*., 2022, p. 2).

brasileira, pois agricultores, pecuaristas e comerciantes de madeira encontram maneiras de contornar acordos e legislações".

Pendrill *et al*. (2022) reiteram que nem sempre o desmatamento resulta em terras agrícolas ou pastagens a curto prazo, sendo relacionado à especulação de terras na região, para fortalecer reivindicações de posse, em especial onde as leis atribuem direitos ao uso da terra. Os autores ainda enfatizam o emprego de incêndios nesse processo:

> Outro mecanismo pelo qual a agricultura contribui para o desmatamento, sem resultar em terras agrícolas produtivas a curto prazo, é por meio de **incêndios iniciados em terras agrícolas que se espalham para áreas florestais adjacentes, levando à degradação florestal e, em alguns casos, ao desmatamento completo**. Quase todos os incêndios em florestas tropicais úmidas são causados por atividades humanas, incluindo o desmatamento para novas áreas agrícolas e como ferramenta de manejo de terras (por exemplo, controle de ervas daninhas e mobilização de nutrientes) em áreas agrícolas já desmatadas. Isso frequentemente leva a incêndios que se alastram para áreas florestais adjacentes, conforme documentado no Brasil, na região do Miombo e na Indonésia (Pendrill *et al*., 2022, p. 5, grifo nosso, tradução nossa).

Todas essas atividades que promovem direta ou indiretamente o desmatamento e a degradação ambiental proporcionam diversas perturbações no ambiente, seja pela perda de biodiversidade, dispersão de animais selvagens para fora de seus habitats naturais, desiquilíbrios na fauna e flora, alterações climáticas, estabelecimento de comunidades próximas às florestas ou em áreas recém desmatadas.

Tais fatores reforçam o risco da disseminação e/ou surgimento de zoonoses, pois como menciona Shakespeare (2009), a vida selvagem é reconhecidamente um reservatório para patógenos potencialmente capazes de representar um risco para humanos ou animais domesticados. De tal maneira, o desmatamento e atividades agrícolas em terras desmatadas ou outras mudanças nas práticas ambientais também podem resultar em eventos dramáticos devido às doenças zoonóticas (Shakespeare, 2009, p. 240-241).

Pavanelli *et al*. (2020) apontam que, atualmente, grande parte das doenças infecciosas emergentes são zoonóticas, sendo a fauna silvestre um grande reservatório das mesmas. Contudo, quando esses ambientes são perturbados ou destruídos, essas espécies de vida selvagem podem experimentar estresse fisiológico devido à perturbação do habitat, aumentando seu risco de serem infectadas ou de

liberarem vírus. A subsequente interação de animais selvagens e animais domésticos cria mais oportunidades para a transmissão e potencial recombinação viral, inclusive em humanos (Vora *et al*., 2023).

Nesse ínterim, Artaxo (2020) alerta:

> **O clima tropical e as alterações ecossistêmicas favorecem o desenvolvimento de patógenos.** O Brasil apresenta grande diversidade de animais silvestres que, por sua vez, albergam múltiplos e diferentes microrganismos, muitos desses considerados agentes etiológicos de doenças, tanto para os animais quanto para o homem. Como parte do ciclo de transmissão de inúmeros parasitos, **a saúde humana está ligada à saúde dos animais silvestres**. As alterações ambientais, incluindo as mudanças climáticas e a perda da biodiversidade, são fatores determinantes para a emergência de doenças oriundas de animais silvestres. Em geral, doenças infecciosas crescem em incidência com maiores temperaturas. **Os ecossistemas preservados e em equilíbrio têm um papel importante para a dinâmica e controle de doenças zoonóticas e infecções transmitidas por vetores** (Artaxo, 2020, p. 59, grifos nossos).

Dessa forma, as crescentes perturbações ambientais e a interconexão moderna acelerarão a frequência de surtos, epidemias e pandemias, a menos que as questões ocasionadoras do problema sejam efetivamente abordadas. No entanto, Vora *et al*. (2023) afirmam que a prevenção da transmissão de zoonoses tem sido amplamente negligenciada nas abordagens globais às pandemias, especialmente no pós-Covid-19. E continuam:

> [...] a maioria das discussões, muitas vezes disfarçada de prevenção, foca em intervenções pós-transmissão, como resposta a surtos, fortalecimento do sistema de saúde e desenvolvimento de vacinas. **Tais intervenções são essenciais, mas não são prevenção**; por si só, as intervenções pós-transmissão são insuficientes para proteger contra as ameaças catastróficas das pandemias. **Mesmo quando os surtos são rapidamente identificados, as intervenções pós-transmissão podem não ser bem-sucedidas**. Além disso, vacinas e terapias eficazes podem não estar disponíveis para todas as futuras doenças. Além disso, a eficácia de vacinas e terapias em nível populacional pode ser prejudicada por desafios de fornecimento e distribuição, especialmente em países de baixa renda, e pela baixa aceitação devido à desinformação e crenças pessoais (Vora *et al*., 2023, p.1-2, grifos nossos, tradução nossa).

Keesing *et al*. (2010, p. 651) complementam nesse sentido, delimitando três estratégias essenciais para cercear o surgimento de zoonoses emergentes. Primeiro: identificar áreas de potencial emergência baseando-se em mudanças no uso da terra e de biodiversidade, focando na vigilância de patógenos da vida selvagem. Segundo: proteger habitats naturais reduz o contato humano-animal, diminuindo a chance de

novos patógenos surgirem. Terceiro: em áreas de alto risco, monitorar e aplicar medidas para reduzir o contato entre animais domésticos e vida selvagem é crucial. Assim, tentativas de eliminar pontos de emergência podem falhar, pois as espécies mais resistentes à destruição de habitats podem ampliar a disseminação de patógenos.

Partindo de tais apontamentos, concebe-se que o desmatamento – embora já amplamente reconhecido como impulsionador das mudanças climáticas e da perda de biodiversidade, dentre outros fatores – também está associado ao surgimento e proliferação de doenças infecciosas, com ênfase às zoonoses (Robbins, 2016; Rabello, Oliveira, 2020; Matricardi *et al*., 2020; Vora *et al*., 2023). E, de fato, o Brasil figura como um cenário propício e com amplo potencial para a proliferação e mesmo o surgimento de novas zoonoses, haja visto o impacto de doenças já reconhecidamente impulsionadas por atividades de desmatamento e degradação florestal, tais como a malária e a dengue (Oliveira, 2020).

Rabello e Oliveira (2020, p. 3) apontam que nas últimas cinco décadas, os biomas Amazônia e Cerrado brasileiros perderam mais de 1,8 milhão de km² de vegetação nativa, ocasionando caos ecológico não apenas local. Como reiteram os autores, “essa degradação desenfreada gera condições para que o Brasil se torne o epicentro das próximas zoonoses”.

O estudo de Dobson *et al*. (2020, p. 379-381) investigou os custos econômicos associados à prevenção de doenças infecciosas emergentes. Os autores sugerem que os custos associados a esses esforços preventivos seriam substancialmente menores do que os custos econômicos e de mortalidade necessários para responder a esses patógenos uma vez que eles tenham surgido. Ademais, os pesquisadores veem que a clara ligação entre desmatamento e o surgimento de vírus indica que um esforço significativo para manter a cobertura florestal intacta teria um grande retorno sobre o investimento requerido para tal, mesmo que seu único benefício fosse reduzir os eventos de surgimento de novos vírus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vasto histórico de doenças zoonóticas enfrentadas pelo ser humano, especialmente no último século, associadas à intensificação das mudanças climáticas, bem como suas evidentes consequências nas sociedades humanas e no meio ambiente, são lembretes persistentes de que a degradação ambiental antropogênica

não se limita aos prejuízos ambientais, haja vista que o próprio texto constitucional afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição basilar à sadia qualidade de vida humana.

Dessarte, não se pode dissociar a saúde humana do equilíbrio do meio ambiente. Essa dependência vai muito além do acesso a recursos essenciais à vida humana como a água potável, o ar limpo e alimentos. O levantamento desta pesquisa indicou a estreita relação entre aspectos da degradação ambiental, com ênfase ao desmatamento, para a proliferação de doenças zoonóticas, intensificadas muitas vezes com a disseminação de pragas, e ainda a intensificação do risco para o surgimento de novas zoonoses, inclusive com potencial pandêmico.

Por certo, a emergência de doenças como a malária e a recente Covid-19 escancararam e demonstram as vulnerabilidades humanas em todos os aspectos, desde a saúde pública, desigualdades socioeconômicas até o aparato legal disponível para lidar com essas questões – e pior, para agir com precaução diante de riscos e incertezas.

Este estudo visou entender como o Direito Ambiental pode ser empregado na mitigação dos impactos decorrentes do desmatamento, enfatizando a proteção da saúde humana diante da emergência de zoonoses. Desta forma, restou evidenciado que os dispositivos do Direito Ambiental, especialmente a partir da sua base constitucional calcada no artigo 225, destacam propostas valorosas à conservação das florestas e à manutenção dos ecossistemas, muito embora a realidade enfatize que tais aparatos não têm sido efetivados na prática, ou não têm surtido efeitos suficientes para mitigar as ameaças que a degradação florestal, o desmatamento e as perdas de biodiversidade representam.

De tal premissa, o Direito Ambiental dispõe do princípio da precaução, o qual destaca-se como um meio para moldar as políticas públicas. O princípio da precaução, ao enfatizar a antecipação de riscos, emerge como uma abordagem fundamental no desenvolvimento e implementação de políticas legais relacionadas ao desmatamento e à proteção da saúde humana.

Contudo, foi possível identificar desafios ainda persistentes quando à aplicação e entendimento do referido princípio. A ausência de clareza quanto à sua implementação efetiva representa um obstáculo, sendo imperativo aprimorar e fortalecer a legislação para garantir sua aplicação de maneira coerente.

Ademais, ressalta-se a necessária abordagem multidisciplinar e colaboração intersetorial acerca das zoonoses, seus vetores e abordagens acautelares relativas à degradação ambiental e desmatamento que podem impulsionar a emergência dessas doenças, com ênfase à Amazônia brasileira. De fato, como reiterado, a problemática das zoonoses é extremamente complexa, requerendo o contínuo aprimoramento do conhecimento científico, estímulo à pesquisa, colaboração entre especialistas da área ambiental, da saúde pública, legisladores e demais campos atinentes para a proposição de políticas que efetivamente abarquem as dimensões pertinentes.

Em última análise, embora o Direito Ambiental disponha de meios razoáveis para a abordagem da ameaça que a emergência das zoonoses representa à saúde humana, sua efetivação está atrelada a uma inadiável compreensão, por parte de todas as esferas sociais e do poder público, de que a vida humana é parte integrante do meio ambiente, dele depende e com ele interage, de forma que tais interações podem ocasionar danos imprevisíveis em escala e, por vezes, irreparáveis. Diante disso, o emprego do princípio da precaução deve nortear o desenvolvimento, avaliação e implementação de políticas, com o intuito de mitigar o desmatamento e demais danos ambientais tendo em vista os riscos decorrentes dessas práticas à vida humana, via central de todo o ordenamento jurídico.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALHO, C. J. R. Importância da biodiversidade para a saúde humana: uma perspectiva ecológica. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74, p. 151-166, 2012.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Legislação comentada para concursos ambiental artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, n.27, p.63-88, set./dez., 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/877>. Acesso em: 30 out. 2023.

ARTAXO, Paulo. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. **Estudos Avançados**, v. 34, n. 100, p. 53–66, set. 2020.

ASSAD, Leonor. Defender o ambiente é dever de todos. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 71, n. 3, p. 06-09, 2019.

BAKER, Rachel E. *et al*. Infectious disease in an era of global change. **Nature Reviews Microbiology**, v. 20, p. 193-205, 2022.

BAUERFEIND, Rolf *et al*. **Zoonoses**: infectious diseases transmissible between animals and humans. 4. ed. Washington: ASM Press, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDENHAM, G. The importance of biodiversity risks: Link to zoonotic diseases. **British Actuarial Journal**, v. 27, e10, p. 1-9, 2022. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/british-actuarial-journal/article/importance-of-biodiversity-risks-link-to-zoonotic-diseases/ED61579636DAAD97247851007243-E658>. Acesso em: 28 out. 2023.

BERENGUER, E. *et al*. Chapter 19: Drivers and ecological impacts of deforestation and forest degradation. *In*: NOBRE, C. *et al*. (eds.). **Amazon Assessment Report 2021**. New York: United Nations Sustainable Development Solutions Network, 2021.

BRASIL. **06/7 – Saúde Única**: Dia Mundial das Zoonoses. Ministério da Saúde: Biblioteca Virtual em Saúde, 2020. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/06-7-saude-unica-dia-mundial-das-zoonoses/>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto n.º 11.367, de 1º de janeiro de 2023**: Institui a Comissão Interministerial Permanente de Prevenção e Controle do Desmatamento, restabelece o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal - PPCDAm e dispõe sobre os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado, na Mata Atlântica, na Caatinga, no Pampa e no Pantanal. Brasília: Diário Oficial da União, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11367.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934**: Aprova o Código Florestal. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. **Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2000.

BRASIL. **Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**. Brasília: Diário Oficial da União, 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965**. Institui o novo Código Florestal. Brasília: Diário Oficial da União, 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial Da União, 1998.

BRASIL. **Programa Áreas Protegidas da Amazônia completa 20 anos**. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/programa-areas-protegidas-da-amazonia-completa-20-anos>. Acesso em: 28 out. 2023.

BUCHALLA, Cassia M. **Epidemiologia das Doenças Infecciosas e Surto**. USP, 2017. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3118198/-mod_resource/content/1/Aula%204%20Epi%20Doen%C3%A7as%20Infecciosas%20e%20Surto.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

CABALLERO, Luiza. **Entenda os perigos do desmatamento com correntão**. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/desmatamento-correntao/>. Acesso em: 28 out. 2023

CAIXETA, Heloisa. 17ª CNS: **Fiocruz Brasília apresenta Agenda 2030 e seus ODS**. Fiocruz Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasilia.fiocruz.br/17a-cns-fiocruz-brasilia-apresenta-agenda-2030-e-seus-ods/>. Acesso em: 02 abr. 2024.

CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. **Direito constitucional ambiental brasileiro e ecocentrismo**: um diálogo possível e necessário a partir de Klaus Bosselmann. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

CAMPOLI, Jessica Suarez; STIVALI, Matheus. **Custo social do desmatamento nos biomas brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica - Ipea, 2023.

CARRERO, Gabriel Cardoso *et al*. Deforestation trajectories on a development frontier in the Brazilian Amazon: 35 years of settlement colonization, policy and economic shifts, and land accumulation. **Environmental management**, v. 66, n. 6, p. 966-984, 2020.

CARVALHO, Rodrigo Abreu. Doenças infecciosas emergentes na fronteira do desmatamento. *In*: YOUNG, Carlos E. Frickmann; MATHIAS, João Felippe Cury M. (orgs.). **COVID-19, meio ambiente e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2020, p. 93-100.

CASTELO, Thiago Bandeira. Legislação florestal brasileira e políticas do governo de combate ao desmatamento na amazônia legal. **Ambiente & Sociedade**, v. 18, n. 4, p. 221–242, out. 2015.

CEE FIOCRUZ - Centro de Estudos Estratégicos Fiocruz. **Saúde Única**: conexão vital para enfrentar desafios globais. 2024. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=saude-unica-conexao-vital-para-enfrentar-desafios-globais>. Acesso em: 02 abr. 2024.

CEPEA/USP/CNA. **Após alcançar patamar recorde em 2021, PIB do agronegócio recua 4,22% em 2022**. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/PIB-DO-AGRONEGOCIO-2022.17MAR2023(1).pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

CROOPE, Silvana. FERRARI, Flávia J. LIMA, Gessuelyton M. LIMA, Priscila Luciene S. **Direito das catástrofes:** responsabilidade pública e privada na proteção dos direitos humanos em situações de desastres ambientais. Revista DIÁLOGOSPOSSÍVEISISSN 2447-9047VOLUME23, Nº1–JAN/JUN2024 Pág:273-293. Disponível em: <https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/-article/view/1723>. Acesso em 28 ago. 2024.

DE BARROS, Gustavo Belchior *et al*. Mecanismos causadores de pressão e impacto ambiental sobre os ecossistemas e florestas nativas. *In*: DE OLIVEIRA, Robson José (org.). **Silvicultura e manejo florestal**: técnicas de utilização e conservação da natureza. v. 1. Editora Científica, 2021, p. 233-252.

DE OLIVEIRA, Adriano Santhiago *et al*. Florestas. *In*: IBAMA. **Relatório de qualidade do meio ambiente**: Brasília, DF, 2022, p. 302-365.

DOBSON, Andrew P. *et al*. Ecology and economics for pandemic prevention. **Science**, v. 369, n. 6502, p. 379-381, 2020. Disponível em: <https://www.science.org/doi/full/-10.1126/science.abc3189>. Acesso em: 10 ago. 2023.

ELLWANGER, Joel Henrique *et al*. Synthesizing the connections between environmental disturbances and zoonotic spillover. A**nais da Academia Brasileira de Ciências**, v. 94, p. e20211530, 2022.

ELLWANGER, Joel Henrique; CHIES, José Artur Bogo. Saúde Única (One Health): uma abordagem para entender, prevenir e controlar as doenças infecciosas e parasitárias. **Bio Diverso**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2022. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/biodiverso/article/view/124398>. Acesso em: 2 abr. 2024.

ELLWANGER, Joel Henrique; CHIES, José Artur Bogo. Zoonotic spillover: Understanding basic aspects for better prevention. **Genetics and Molecular Biology**, v. 44, n. 1, p. e20200355, 2021.

Embrapa: **Entenda a Lei 12.651 de 25 de maio de 2012**. 2016. Disponível em: <https://www.embrapa.br/codigo-florestal/entenda-o-codigo-florestal>. Acesso em: 28 out. 2023.

FABIANI, Taciane *et al*. Código Florestal Brasileiro: Evolução das normas ambientais entre 1934 e 2012. **Concilium**, v. 23, n. 14, p. 564–585, 2023. Disponível em: <https://clium.org/index.php/edicoes/article/view/1592>. Acesso em: 28 out. 2023.

FAO. **Global Forest Resources Assessment 2020 – Key findings**. Rome, 2020. Disponível em: <https://www.fao.org/3/CA8753EN/CA8753EN.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GEIST, Helmut J; LAMBIN, Eric F. What drives tropical deforestation? A meta-analysis of proximate and underlying causes of deforestation based on subnational case study evidence. **LUCC Report Series N. 4**. Belgium: University of Louvain, 2001.

GIBB, Rory *et al*. Ecosystem perspectives are needed to manage zoonotic risks in a changing climate. **BMJ**, n. 371, 2020. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/bmj/371/bmj.m3389.full.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

GRISOTTI, Márcia. Doenças infecciosas emergentes e a emergência das doenças: uma revisão conceitual e novas questões. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 1095-1104, jun. 2010.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contas de ecossistemas - o uso da terra nos biomas brasileiros: 2000- 2018**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatística da produção pecuária**. 2022a. Disponível em: <https://ftp.ibge.gov.br/Producao_Pecuaria/-Fasciculo_Indicadores_IBGE/abate-leite-couro-ovos_202201caderno.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Em 2021, o rebanho bovino bateu recorde e chegou a 224,6 milhões de cabeças. **Agência de Notícias IBGE**, 2022b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34983-em-2021-o-rebanho-bovino-bateu-recorde-e-chegou-a-224-6-milhoes-de-cabecas>. Acesso em: 1 out. 2023.

JONES, Kate E. *et al*. Global trends in emerging infectious diseases. **Nature**, v. 451, p. 990-993, 2008.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

KARJALAINEN, Eeva; SARJALA, Tytti; RAITIO, Hannu. Promoting human health through forests: overview and major challenges. **Environ Health and Preventive Medicine**, v. 15, n. 1, p. 1-8, 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/-pmc/articles/PMC2793342/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

KEESING, F. *et al*. Impacts of biodiversity on the emergence and transmission of infectious diseases. **Nature**, n. 468, p. 647-652, 2010. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature09575>. Acesso em: 28 maio 2023.

KOURY, A. B. C.; SOUSA, D. L. O direito ambiental sob a perspectiva da proteção internacional à pessoa humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 9, p. 11-28, 2009.

KULKARNI, Sanjana. **Biodiversity Loss Can Increase the Spread of Zoonotic Diseases**. SITN: Harvard University, 2022. Disponível em: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2022/biodiversity-loss-can-increase-the-spread-of-zoonotic-diseases/>. Acesso em: 28 out. 2023.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Pandemias, colapso climático, antiecologismo: educação ambiental entre as emergências de um ecocídio apocalíptico. **Revista Brasileira de Educação Ambiental**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 01-30, 2020.

MANES, Stella *et al*. Endemism increases species' climate change risk in areas of global biodiversity importance. **Biological Conservation**, v. 257, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0006320721001221>. Acesso em: 15 ago. 2023.

MARTINELLI, Yara. Perigos das zoonoses: crise climática, destruição do meio-ambiente e saúde humana. **Revista Petrel**, v.3, n. 5, maio 2021. Disponível em: <https://petrel.unb.br/images/Boletins/Petrel_v3_n5_mai_2021/9_MARTINELLI_Y_Perigos_das_zoonoses_crise_climatica_destruicao_do_meio_ambiente_e_saude_humana.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2024.

MATRICARDI, Eraldo Aparecido Trondoli *et al*. Long-term forest degradation surpasses deforestation in the Brazilian Amazon. **Science**, v. 369, n. 6509, set. 2020. Disponível em: <https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.abb3021>. Acesso em: 28 set. 2023.

MAWALAGEDARA, Rachindra; OGLESBY, Robert J. The climatic effects of deforestation in south and southeast asia. *In*: MOUTINHO, Paulo (ed.). **Deforestation Around the World**. Croácia: Intech, 2012.

MENDES, Nathalia. **Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) - Lei nº 6938/81**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938-81/321528492>. Acesso em: 28 out. 2023.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE: **Uma só saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/u/uma-so-saude>. Acesso em: 02 abr. 2024.

MUNIZ, Beatriz Rodrigues Bagnolin *et al*. Impactos das mudanças climáticas nas florestas tropicais. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, v. 11, n. 2, p. 65-82, jun. 2022.

NAPOLITANO, Angela Aparecida; HAONAT, Ângela Issa; EMIN, Raquel Milene Balogh. O direito ambiental e suas implicações na saúde humana. **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 3, p. 95-106, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/-rdisan/article/view/81063/84712>. Acesso em: 28 out. 2023.

ODUM, Howard Thomas *et al*. **Ecossistemas e Políticas Públicas**. Campinas: Laboratório de Engenharia Ecológica Unicamp, 1997. Disponível em: <https://www.unicamp.br/fea/ortega/eco/iuri17.htm>. Acesso em: 15 ago. 2023.

OHHLEP: **The One Health Definition and Principles Developed by OHHLEP** - Translations. 2023. Disponível em: <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/one-health/ohhlep/one-health-definition-and-principles-translations.pdf?-sfvrsn=d85839dd_6&download=true>. Acesso em: 02 abr. 2024.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2010.

PAULINO, Mariana. A ameaça do desmatamento: Estudo revela aumento de doenças epidêmicas como consequência da derrubada da floresta. In: GARCIA, João Cláudio *et al*. **Desafios do Desenvolvimento**. Ipea, Brasília, v. 12, n. 84, 2015. Disponível em:<https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7057/1/Desafios_Desenvolvimento_v.12_n.84_2015.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

PAVANELLI, Gilberto Cezar *et al*. Análise integrativa das principais zoonoses de ocorrência no Brasil. **Revista Valore**, Volta Redonda, v. 4, p. 302-309, 2019.

PEDROSO, Enio Roberto Pietra; ROCHA, Manoel Otavio da Costa. Infecções emergentes e reemergentes. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 19, n. 2, p. 140-150, 2009.

PENDRILL, Florence *et al*. Disentangling the numbers behind agriculture-driven tropical deforestation. **Science**, v. 377, n. 6611, set. 2022. Disponível em: <https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.abm9267>. Acesso em: 5 out. 2023.

RABELLO, Ananza Mara. Impactos ambientais antrópicos e o surgimento de pandemias. **Unifesspa: Painel Reflexão em tempos de crise**, v. 26, p. 1-7, 2020. Disponível em: <https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/conteudo/Impactos-_ambientais_antr%C3%B3picos_e_o_surgimento_de_pandemias_Ananza_e_Daniel ly.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.

ROBBINS, J. How forest loss is leading to a rise in human disease. **Yale Environment 360**, 2016. Disponível em: <https://e360.yale.edu/features/how_forest_loss_is_-leading_to_a_rise_in_human_disease_malaria_zika_climate_change>. Acesso em: 20 maio. 2023.

RODRIGUES, Maisa Isabela *et al*. Concessão florestal na Amazônia brasileira. **Ciência Florestal**, v. 30, n. 4, p. 1299-1308, out. 2020

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAMPAIO, Rômulo. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SANTOS, Alex Mota dos *et al*. Deforestation drivers in the Brazilian Amazon: assessing new spatial predictors. **Journal of Environmental Management**, v. 294, n.113020, 2021.

SFB - Serviço Florestal Brasileiro. **Boletim Informativo**: dados declarados até 06 de abril de 2023. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/servico-florestal-brasileiro/boletim-informativo-car/BoletimCAR_ABR06_20231.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

SHAKESPEARE, Martin. **Zoonoses**. 2. ed. London/Chicago: Pharmaceutical Press, 2009.

SIMMONS, Jaime. **Deforestation and Habitat Loss**. New York: PowerKids Press, 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SNIF - Sistema Nacional de Informações Florestais. **Definição de floresta**. 2019. Disponível em: <https://snif.florestal.gov.br/pt-br/florestas-e-recursos-florestais/167-definicao-de-floresta>. Acesso em: 21 ago. 2023.

TIER, Cristiane Pretto. **Surtos pandêmicos na interface entre direito, saúde e meio ambiente**: políticas públicas e o princípio da precaução. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

UNITED NATIONS. **Transforming our world**: the 2030 Agenda for Sustainable Development. New York, 2015. Disponível em: <https://sdgs.un.org/sites/-default/files/publications/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2024.

VIOLA, Eduardo; MENDES, Vinícius. Agriculture 4.0 and climate change in Brazil. **Ambiente & Sociedade**, v. 25, p. e02462, 2022.

VORA, Neil M. *et al*. Interventions to reduce risk for pathogen spillover and early disease spread to prevent outbreaks, epidemics, and pandemics. **Emerging infectious diseases**, v. *29*, n. 3, p. 1-9, 2023. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/36823026/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a responsabilidade civil do Estado. **Revista AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/203/139>. Acesso em: 28 out. 2023.

WEGERMANN, Karina; KETTERMANN, Beatriz John. O desmatamento da floresta amazônica e as consequências da fragmentação de habitats naturais: como a degradação ambiental impulsiona o surgimento de zoonoses. **Salão do Conhecimento**, Unijuí, v. 6, n. 6, 2020.

WHO - World Health Organization. **The world health report 2007 – a safer future**: global public health security in the 21st century. World Health Organization: Genebra, 2007.

WILLIAMS, Michael. **Deforesting the Earth**: From prehistory to global crisis, an abridgment. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

XAVIER, Jordana dos Anjos *et al*. Impactos das mudanças climáticas nas florestas tropicais. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, v. 11, n. 2, p. 65–82, 2022.

YOUNG, Carlos E. Frickmann; MATHIAS, João Felippe Cury M. (orgs.). **COVID-19, meio ambiente e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2020

ZANELLA, Janice Reis Ciacci. Zoonoses emergentes e reemergentes e sua importância para saúde e produção animal. **Pesquisa Agropecuária Brasileira**, v. 51, n. 5, p. 510–519, maio, 2016.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

OS DIREITOS AUTORAIS DO MÚSICO NA ERA DIGITAL

MUSICIAN COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE

Letícia Rodrigues Vieira[1]

Alcelyr Valle da Costa Neto[2]

Resumo: Este artigo teve como objetivo analisar a evolução tecnológica e seu impacto no mercado da música e na proteção dos direitos autorais dos músicos. O estudo abordou o papel do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), buscou entender as dificuldades enfrentadas pelos autores de obras musicais na era digital, que facilita o acesso e a exposição descontrolada dessas obras. Além disso, examinou como o sistema jurídico lida com essas questões, identificando possíveis lacunas na proteção dos direitos autorais dos músicos. O artigo também destaca as interpretações dos tribunais sobre a reprodução musical na era digital, onde a rápida evolução das formas de propagação da música contrasta com a postura estática da legislação autoral. Por fim, o estudo visa promover uma reflexão sobre as violações dos direitos autorais e a falta de proteção legal específica para os músicos, sublinhando a importância do respeito aos direitos intelectuais e à contribuição dessas produções para o desenvolvimento da sociedade.

Palavras-Chave: Direito autoral; Direitos do músico; Era digital; Proteção legal.

Abstract: This article aimed to analyze technological evolution and its impact on the music market and on the protection of musicians' copyrights. The study addressed the role of ECAD (Central Collection and Distribution Office), seeking to understand the difficulties faced by authors of musical works in the digital era, which facilitates access and uncontrolled exposure of these works. Furthermore, it examined how the legal system deals with these issues, identifying possible gaps in the protection of musicians' copyrights. The article also highlights the courts' interpretations of musical reproduction in the digital era, where the rapid evolution of the ways music is propagated contrasts with the static stance of copyright legislation. Finally, the study aims to promote reflection on copyright violations and the lack of specific legal protection for musicians, highlighting the importance of respect for intellectual rights and the contribution of these productions to the development of society.

Keywords: Copyright; Musician's rights; Digital era; Legal protection.

1. INTRODUÇÃO

"Imagine all the people living life in peace" (John Lennon, 1971). Que mundo brilhante seria se as pessoas vivessem em paz consigo e com os outros, não? Entretanto, "society, you're a crazy breed" (Eddie Vedder, 2007).

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade Educacional de Araucária. Advogada inscrita sob n° 110.077 OAB/PR. E-mail: leticia.vieira.advocacia@gmail.com.

[2] Doutor, Advogado, Professor Universitário (ISULPAR), R. João Eugênio, 534 - Costeira, Paranaguá/PR, Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0076425146428885>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2644-8623>. E-mail: avcostaneto@yahoo.com.br.

Além de discorrer sobre um mundo melhor, sobre amor, ódio, tristeza ou alegria, a música permite um diálogo entre décadas e sentimentos que nenhum outro meio cultural permite com tamanha facilidade e alcance. Todos ouvem ou já ouviram alguma música em suas vidas.

A música faz parte do cotidiano das pessoas, que as ouvem desde o momento em que despertam até a hora de dormir. Ao ligar a televisão, todas as propagandas comerciais, jornais, novelas e filmes possuem trilhas sonoras e músicas que auxiliam na transmissão de sentimentos, emoções ou desejos.

Assim, as músicas possuem o poder de amenizar ou intensificar emoções. Por exemplo, quando alguém perde o amor da sua vida pode passar seus dias de solidão ao som de “love of my life, you’ve hurt me” (Queen, 1975). Ou o mesmo coração partido poderá se recuperar ao som de “All we need is just a little patience” (Guns N’ Roses, 1988). Recuperar-se ou não dependerá, inclusive, da música que o indivíduo escolher.

Ainda, o filme “Star Wars” não seria o mesmo sem a “Marcha Imperial”. “Indiana Jones” não teria o mesmo impacto até os dias de hoje sem a trilha sonora que o caracteriza. Ray Parker Jr. não é muito conhecido pelo seu nome, mas se ele perguntar: “Who you gonna call?” A resposta será declarada em uníssono: “Ghostbusters”.

Sendo assim um meio essencial de transmissão de ideias entre artistas e seus expectadores, bem como uma criatividade íntima externada, em que o artista expõe suas ideias, seus projetos e composições ao público. Portanto, os meios culturais merecem proteção legal, em especial as músicas e os direitos do músico, os quais são o objeto da presente pesquisa.

Diante da importância da música e dos direitos de quem as cria, no primeiro capítulo serão abordadas as premissas introdutórias ao direito autoral. Salienta-se, por oportuno, que o direito de autor possui uma natureza complexa, possuindo caráter personalíssimo e patrimonial, os quais foram especificamente identificados ao longo da pesquisa. Ademais, foram abordados os princípios que regem o direito autoral, bem como os direitos conexos, ou seja, aqueles que surgem em decorrência da existência do direito autoral.

No segundo capítulo, para a melhor compreensão desta pesquisa, foi exposto o conceito de obra musical; foi também identificado o que se entende por composição, bem como o papel do registro da obra, que garante maior efetividade à concreção do

direito de autor, além de ter sido analisada a função do Escritório Central que arrecada e efetua a distribuição de direitos autorais e atua na fiscalização das obras.

O terceiro capítulo destinou-se a tratar do direito autoral inserido na internet e quais os impactos sofridos na era digital. Pois, com o desenvolvimento dos celulares e das plataformas de streaming o acesso tornou-se quase universal. A nova sociedade de caráter predominantemente informacional possui como característica essencial a infindável potencialidade de difusão de obras intelectuais.

Considerando, então, a grande propagação e difusão das músicas, por exemplo, na era digital, o direito deve reconhecer a necessidade de proteção legal. Entretanto, como restarão demonstradas no terceiro capítulo, algumas lacunas legislativas ainda existem.

Por fim, a pesquisa se desenvolveu através de revisão bibliográfica em que, ao final, serão feitas as considerações finais com um enfoque especial. Tendo em vista que a música se desenvolveu juntamente com a sociedade e nunca perdeu seu caráter agregador, lúdico e cultural, os direitos de quem cria essas especialidades culturais devem ser devidas e adequadamente protegidos pelo Direito.

2. DIREITO AUTORAL: PREMISSAS IMPORTANTES

A criação de obras não é uma tarefa fácil, exigindo do artista uma atividade intelectual bastante intensa. Dessa forma, o autor de uma obra, seja literária ou musical, deseja ser reconhecido por aquilo que se tornou sua profissão.

Diante desse desejo de proteção surge o direito autoral como mecanismo de amparo legal ao direito do autor de ter sua obra vinculada ao seu nome. Por essa razão, antes de adentrar ao direito autoral do músico na era digital, faz-se importante identificar a natureza jurídica do direito do autor, bem como sua história e origens, os princípios que o norteiam e os direitos que lhe são conexos

2.1 Natureza jurídica do direito autoral e acepções doutrinárias

De início é de se registrar que, no Brasil, os direitos autorais são protegidos pela Lei n. 9.610/98, que define os direitos do autor e estabelece conceitos fundamentais sobre o tema em seu artigo 5º. A doutrina complementa a lei, oferecendo definições mais detalhadas e concretas sobre o direito autoral.

Assim, para Silvio de Savo Venosa, os direitos autorais são modalidades de direito de personalidade. Em suas palavras, os “direitos intelectuais são aqueles

disciplinadores da relação entre a pessoa e sua criação intelectual, de cunho pecuniário ou simplesmente moral".

Ainda, o autor divide em duas espécies a criação intelectual. Sendo uma destinada à estética, artes, ciência, educação e elevação cultura; enquanto a outra, destina-se a fins utilitaristas, técnicos e de produção que, assim, abrem caminho para duas disciplinas distintas, o Direito de Autor e o Direito de Propriedade Industrial. (VENOSA, 2008, p. 592-593).

Já para o Doutrinador Carlos Alberto Bittar, o direito autoral faz parte do direito privado, o qual regula as "relações jurídicas advindas da criação e utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, artes e ciência". (BITTAR, 2003, p. 8).

Por seu turno, para Maria Helena Diniz, o direito autoral foi enquadrado como propriedade imaterial pela Constituição Federal de 1988, já que a espiritualidade de uma obra se materializa na sua exploração econômica, o que explica a sua permanência junto ao direito das coisas (DINIZ, 2015, p. 378).

Para o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), responsável por centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, o direito autoral é um conjunto de direitos e prerrogativas conferidas por meio de leis ao autor e criador de obra intelectual (pessoa física ou jurídica). Direitos esses que têm como objetivo fazer com que esses autores possam usufruir das vantagens morais e patrimoniais que lhes são concedíveis e que resultam de sua criação. (BRASIL, S.D).

Assim, o direito de autor procura regulamentar as normas de proteção do autor, com o objetivo de permitir a defesa dos interesses morais, além da tutela da paternidade e da integralidade da criação intelectual, assim como os interesses econômicos derivados do seu uso. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar explica, *in verbis*:

> As relações regidas por esse direito nascem com a criação da obra, exsurgindo, do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nominação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros). (BITTAR, 2003, p. 8).

Isso significa que o direito do autor nasce no momento da sua manifestação da obra. É impossível para o ordenamento jurídico tutelar ideias ou pensamentos que estão no plano mais íntimo da psique do autor. Ou seja, somente as obras já reveladas pelo autor serão consideradas bem jurídico tutelado no âmbito da literatura, artes, ciências e, ainda, dos novos meios de exteriorização criados pela internet. (BIT-TAR, 2003, p. 8).

Diante dessa complexa relação entre direito real, patrimonial e personalíssimo, a proteção dos direitos autorais deve ocorrer em diversas áreas do direito, por exemplo, no âmbito administrativo, civil e até mesmo no penal. (VENOSA, 2002, p. 585).

Assim, percebe-se que, diante de uma natureza jurídica múltipla e que repercute em diversos ramos do direito, o direito de autor merece cada vez mais destaque devido ao avanço de novas tecnologias e do maior acesso à internet.

Tendo em vista que a circulação de informações enriquece a construção do conhecimento e facilita o acesso às relações profissionais, acadêmicas e pessoais, violações ao direito de autoria podem ocorrer. Por essa razão, este ramo do direito vem se revelando cada vez mais importante para o ordenamento jurídico, uma vez que regulamenta todos os demais direitos que surgem juntamente com a era digital.

2.2 Breve histórico do direito autoral no ordenamento jurídico brasileiro

Para que se torne possível a compreensão de todos os conflitos que envolvem o direito autoral, faz-se necessário conhecer sua origem, bem como a forma como se deu sua evolução.

Em 1710, na Grã-Bretanha, por meio do estatuto da rainha Ana, surgiu a tutela do autor. A partir desse momento, o autor e criador de uma obra pôde se apoderar dos privilégios da indústria, sendo que, ao final, a indústria é que desfrutou dos privilégios dessa tutela, uma vez que esta lei garantiu o direito à reprodução.

No mesmo século XVIII, o continente europeu também reconheceu esse direito, porém, centralizou a tutela à figura criadora, mais do que a materialidade do exemplar. (ASCENSÃO, 1997. p. 4 e 5).

Já no período da Revolução Francesa, ainda que se tenha pretendido abolir todos os privilégios, sequer existia uma concepção consolidada sobre o direito de autor, existindo, assim, uma grande confusão entre o que seria uma obra e qual a sua

materialidade. Foi somente com os juristas alemães, no século XIX, que surgiu a concepção pura dos direitos sobre bens incorpóreos. (ASCENSÃO, 1997. p. 4 e 5).

No Brasil, mesmo após a independência, o imperador D. Pedro II se contrapôs a qualquer tentativa de conceder aos autores uma proteção que não derivasse do privilégio. (HAMMES, 1996, p. 19). Assim, a primeira Constituição brasileira que previu a proteção do inventor foi a de 1824, em cujo artigo 179, inciso II, se afirmava, *in verbis*:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
> II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

Passados seis anos, em 1830 a lei penal, em seu artigo 261, proibiu imprimir, gravar, litografa ou introduzir quaisquer escritos ou estampas que tivessem sido feitas por brasileiros, ou enquanto estivessem vivos e depois de sua morte, por 10 anos, se deixados herdeiros, *in verbis*:

> Dos crimes contra a propriedade
> FURTO
> Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, emquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros.

Já em 1891, a Constituição, em seu artigo 72, § 26º, diferenciou o direito de autor do privilégio dos autores. O referido artigo possuía a seguinte redação, *in verbis*:

> Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
> § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (BRASIL, 1891).

Mais tarde, quase a um passo do século XXI, ocorreu o que se passou a denominar de “a convergência das mídias”. Nesse sentido, GANDELMAN explica que, *in verbis*:

> Texto, obra audiovisual, obra musical, transmissão radiofônica, telefonia, transmissão de mensagens e imagem se encontram na internet e sua comunicação digital. O grande desenvolvimento ocorrido na área das telecomunicações possibilitou que o telefone móvel (celular) passasse a ser também um veículo de transmissão de música, foto, imagem, programa radiofônico e audiovisual. (GANDELMAN, 2006, p.2).

De fato, a transmissão de músicas, fotos e demais programas audiovisuais passou a ser difundido muito mais rápido após o surgimento do telefone móvel. A partir daí, o direito do autor passou a ser ainda mais importante.

Hoje, o Brasil dispõe de uma legislação específica sobre a matéria, a Lei de Direitos Autorais (LDA), (Lei n 9.610/98), com algumas modificações trazidas pela Lei n. 12.853/13, juntamente com a Constituição Federal, resguardam e tutelam o criador e o artista, combatendo a execução de obra sem consentimento do autor, assim como os compositores musicais, tanto o que criou quanto o que adaptou, arranjou ou orquestrou uma obra intelectual. (LEAL, SILVA e FERREIRA, 2016, p. 2).

No entanto, com a difusão das mídias virtuais cada vez mais veloz, ainda existem muitos obstáculos a serem enfrentados pela legislação a fim de efetivamente combater a execução de determinada obra sem o consentimento de seu autor.

2.3 Princípios e fundamentos do direito autoral

Diante de toda a principiologia que rege o assunto destacam-se, dentre outros, o princípio da funcionalidade, a autorização prévia, a autoria, temporariedade e da transmissão, fiscalização.

Os princípios em matéria de direito autoral, assim como em todo o ordenamento jurídico, são as diretrizes para a boa aplicação das normas legais. Nesse sentido, o princípio da funcionalidade é compreendido por Leonardo Poli da seguinte forma, *in verbis*:

> [...] a criação intelectual não é tutelada apenas pela força normogenética da autonomia individual de seu criador (situação subjetiva), mas também porque interessa à sociedade a tutela de suas consequências sociais, econômicas, políticas e normativas (situação objetiva). (POLI, 2006, p. 421).

Já o princípio da autorização prévia garante ao autor, com exclusividade, o direito de decidir “em relação à destinação pública de sua obra sem a qual qualquer uso se torna irregular e passível de reparação civil e condenação criminal”. (ABRÃO, 2002, p. 36).

Para Eduardo Pimenta, há a existência do princípio da autoria, que confere ao autor a garantia do reconhecimento de que determinada obra intelectual foi por ele criada. De acordo com o jurista, basta que o nome do autor apareça em sua obra, de maneira que indique corretamente a autoria, para que o autor seja "reconhecido como tal e goze das prerrogativas legais" (PIMENTA, 2004, p. 336).

Os princípios da temporariedade e da transmissão, por sua vez, dizem respeito à entrega da obra à sociedade, a fim de que possa ser aproveitada e executada por todos com incentivo propulsor à cultura, sendo que a transmissão da obra é um ato possível entre vivos ou através da sucessão hereditária. (ABRÃO, 2002, p. 36).

Já a intransmissibilidade ao detentor do direito de cópia, é o princípio que proíbe ao adquirente de um exemplar de obra intelectual receber qualquer direito sobre ela. (ABRÃO, 2002, p. 37).

Pelo princípio da fiscalização o criador, intérprete e as associações e representantes sindicais podem supervisionar os rendimentos econômicos, formal ou informal, judicial ou extrajudicial. (SOARES, SOARES, S.D, p 13 e 14).

Os princípios aqui mencionados, entre tantos outros existentes, protegem os bens nascidos a partir de uma atividade intelectual humana. Ademais, embora existam princípios próprios diretamente ligados à atividade intelectual, há, também, que se mencionar a sensível relação entre os direitos fundamentais e os princípios constitucionais e o direito do autor.

Isso porque os direitos de ordem constitucional, de modo geral, tutelam o interesse da coletividade pela difusão e progresso do conhecimento, ao passo em que o direito do autor é voltado ao interesse privado pela proteção de esforço criativo e do investimento realizado pelo autor.

2.4. Direitos de ordem moral e direitos de ordem patrimonial

Para fins de efetiva proteção do autor, é necessária a divisão do instituto em direitos de cunho moral e direitos de cunho patrimonial. Notadamente, o direito moral e o direito patrimonial, ao se referir ao direito de autor, formam uma simbiose. A violação de um desses direitos acarreta violação de outro.

O direito moral refere-se ao reconhecimento real e definitivo da paternidade do autor com relação a sua criação intelectual. Tem-se, então, que "os direitos morais representam o vínculo de natureza eterna, espiritual e inalienável do autor com a sua obra" (GUEIROS JR, 2005, p. 57, 61).

Associado aos direitos imateriais, o direito autoral também está compreendido no campo dos direitos das coisas, uma vez que é considerado como modalidade especial de propriedade. Embora haja uma corrente doutrinária que o classifique como direito de personalidade, em virtude do seu cunho moral, ligado à personalidade do autor, também são inerentes as questões pecuniárias. Trata-se, pois, de bem imaterial de caráter patrimonial (DINIZ, 2015, p.18).

A obra pertence ao autor e, consequentemente, todos os direitos decorrentes de caráter econômico, como os lucros gerados pela obra pertencem a ele. Importante que se diga, ainda, que mesmo o autor de obra anônima ou pseudônima também tem seus direitos patrimoniais resguardados.

Na história, por exemplo, há muitos autores de obras de arte que viveram e morreram muito pobres, e ainda hoje sua obra traz lucros incalculáveis aos seus utilizadores. Mozart é um deles, pois foi sepultado entre os indigentes no cemitério de Salzburg, na Áustria.

Isso revela que, muitas vezes, as obras só trazem lucros depois que o seu autor já as vendeu por um valor ínfimo e mais tarde são revendidas por verdadeiras fortunas (HAMMES, 1996. p.67, 71).

Como se nota, de um modo geral, os direitos de ordem patrimonial constituem a união do caráter temporal, móvel e econômico do autor com a sua obra, impondo-se a necessária proteção pelo ordenamento jurídico, tal como os direitos de ordem moral.

3. DIREITO AUTORAL E A OBRA MUSICAL

As músicas, além de proporcionarem um agradável momento de prazer e nostalgia, podem influenciar a história e trazer reflexões aos seus ouvintes. É o caso, por exemplo, de “Imagine”, produzida e lançada em plena Guerra Fria e considerada como um hino da paz, bem como a música da banda Scorpions, “Wind of Change”, que representou os ventos da mudança que atingiam a Europa com a decadência da união Soviética e com a queda do muro de Berlim.

Devido à importância histórica e cultural que as músicas representam, elas merecem o devido amparo legal. Ainda, devem possuir meios eficazes de proteção, a partir do registro, bem como órgãos que fiscalizem e proíbam a reprodução sem autorização dos verdadeiros autores. Neste capítulo, portanto, serão analisadas essas nuances que norteiam o direito autoral de obras musicais.

3.1 Registro de obra musical

A legislação autoral brasileira ampara as obras intelectuais ainda que não tenham sido registradas nos órgãos competentes de cada espécie artística, inclusive na seara musical. O registro da obra passou a configurar mera declaração de direitos e não sua constituição, já que após a "adesão do Brasil à Convenção de Berna, [...] o registro das obras intelectuais ou quaisquer outras formalidades deixaram de ser ato constitutivo de direito". (LEITE, 2004, p. 91).

Ainda sobre o registro da obra musical, vale observar que, *in verbis*:

> Vale ressaltar que uma obra musical não precisa estar registrada para ter seus direitos autorais de execução pública musical protegidos. Para isso, é preciso que a obra musical esteja registrada em qualquer das associações de gestão coletiva musical que integrem o Ecad. A proteção dos direitos autorais de uma obra musical feita pelo Ecad independe do registro declaratório. (SE-BRAE, 2015, p.100).

Assim, as obras não registradas, quando percebidas, recebem um registro provisório, por meio do qual ficará gravado o número de execuções captadas até que a obra seja identificada e os créditos gerados sejam repassados para o titular autoral (SEBRAE, 2015, p. 101). Nesse sentido, infere-se que em nenhum momento o autor fica desamparado legalmente, possuindo recursos que permitem a concretização de seu direito como criador ou mesmo daqueles que detêm a propriedade do nome do autor.

3.2. O papel do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

Estabelecido pela Lei Federal n. 5.988/73 e protegida pela atual Lei brasileira de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição é uma instituição privada e sem fins lucrativos. (BRASIL, S.D.).

Ao ECAD compete fiscalizar, proibir ou autorizar a utilização de obras musicais, literário musical e fonográficas e, por consequência, arrecadar e distribuir os direitos autorais por todo território nacional. (PIMENTA, 1999. p. 151-152).

Dessa forma, cabe destacar as dificuldades encontradas pelo órgão de fiscalização, ou seja, o imenso espaço territorial do Brasil, a falta de conhecimento por parte dos usuários quanto à natureza e a obrigatoriedade dos direitos autorais que devem ser recolhidos, a insuficiência da tecnologia e a ausência de funcionários qualificados em matéria autoral. (GUEIROS JR., 2005 p. 435-436).

Consoante essa logística de registro e arrecadação, o ECAD recolhe os valores, confere no seu sistema o total de execuções e repassa o valor correspondente para as associações coletivas. (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 242). Assim, o ECAD representa uma importante ferramenta de fiscalização e controle de obras musicais, bem como de sua execução, atuando, essencialmente, na distribuição dos direitos autorais do músico e de direitos conexos.

4. DIREITO AUTORAL DO MÚSICO E A INTERNET

Diferentemente do que ocorria antigamente, período em que o público tinha acesso às músicas apenas por meio da televisão e de rádio, hoje, a qualquer momento, basta um clique na tela do celular que o usuário terá acesso quase que imediato às músicas de seu interesse.

Isso ocorre devido ao avanço da tecnologia e difusão do acesso à internet. As plataformas de streaming também possibilitam um fluxo de dados constante e em tempo real. Exemplos dessas plataformas e que transmitem músicas são: *Spotify, Google Music*, *Deezer*, bem como o *YouTube Music Key* (serviço de *streaming* do *YouTube*).

O acesso se tornou mais rápido e com isso a propagação e reprodução de músicas tornou-se um fator de proporções gigantescas, por consequência, a violação de direitos autorais passou a ser constante devido à dificuldade de fiscalização e controle das obras.

Assim, neste capítulo serão brevemente analisadas essas plataformas que facilitam o acesso à música, bem como as lacunas legislativas que representam um obstáculo ao devido amparo aos direitos autorais. Além disso, a sanção à essa violação também será tratada e, ao final, serão expostas algumas sugestões para que o direito autoral do músico e a proteção de sua obra seja, de fato, observada.

4.1 Reprodução de obras musicais e as plataformas de *streaming*

O último período do século XX espalhou pela humanidade a era da informática. O mundo já não sabe mais andar por si só sem o computador, o qual passou a fazer parte do dia a dia do homem, passando pelos sistemas de rede das grandes empresas e do próprio Estado. A internet revolucionou todas as atividades, causando espanto diante da tamanha rapidez com que tem se expandido. (VENOSA, 2002, p. 579).

O desenfreado avanço da tecnologia, bem como a exposição das obras e o fácil acesso a elas torna a sua modificação mais fácil. Faz-se necessário, portanto, compreender esse novo modelo de disseminação, que tende a se tornar cada vez mais veloz, para que se possa acompanhar e criar formas de proteção do direito autoral e ajudar o coletivo a compreender que as ideias publicadas na internet não são públicas, razão pela qual não se pode usufruir delas livremente. (PINHEIRO, 2010, p.131 e 132).

De modo geral o que acontece com as obras que estão na internet é o mesmo que já acontece, há anos, com os livros, em uma proporção, todavia muito maior, já que com a internet a facilidade de reprodução de um conteúdo é muito superior. (PINHEIRO, 2010, p. 135-136).

As novas modalidades de consumo da música levantaram questões sobre a dogmática jurídica. O ECAD está à frente destas disputas, uma vez que trouxe para si a função de controlar e cobrar pelos diferentes meios de execução da música na internet. (FRANCISCO, VALENTE, 2016, p. 302).

Nesse sentido, as plataformas de *streaming*, Apple Music, Deezer, Google Play, Napster e Spotify, participaram de uma pesquisa, a qual os resultados permitiram compreender que o nascimento de tecnologias auxilia na distribuição de dados e funcionam como um dos meios mais eficazes para o compartilhamento de conteúdo. (PRÓ-MÚSICA BRASIL, 2018, p. 8).

Assim, se usada de forma correta, a internet pode ser uma grande aliada do criador, devido ao seu alcance, sendo capaz de auxiliar na popularização e conhecimento da obra. Entretanto, ainda se faz necessária uma legislação correspondente ao tema para que os direitos sejam devidamente preservados.

4.2 Lacunas da legislação no tocante à reprodução musical na era digital

O lado perverso do crescente e rápido avanço da tecnologia em matéria musical é que todos os dias milhões de pessoas desrespeitam os direitos autorais na internet, ao fazerem mal uso de obra alheia. Salienta-se, ainda, que o crime de violação de direito autoral configura um comportamento reprovável pela sociedade, afinal, ninguém gostaria de ter o produto de sua criação roubado ou executado sem autorização. (CARNEIRO, 2011).

Encontram-se dentre as infrações mais comuns cometidas na rede de computadores, “a reprodução não autorizada de filmes, livros, músicas, *softwares* e jogos.” (LEAL, SILVA e FERREIRA, 2016, p. 9).

Ocorre que o legislador não tem como prever os novos casos e situações que não estão dispostos em lei, razão pela qual os ministros da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, preenchendo a lacuna legislativa ao decidirem quanto às plataformas de *streaming*. Na oportunidade, os ministros entenderam que “essa forma de transmissão é uma exibição pública da obra musical, portanto, consiste em fato gerador de arrecadação.” (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

Dada a necessidade de adequação das normas legais à realidade musical da atualidade, em 2012 foi apresentado o Projeto de Lei n° 3133/12 pelo deputado Nazareno Fonteles, com intuito de fazer algumas alterações e adaptar a Lei de Direito Autoral às tecnologias digitais. (ALENCAR, 2014, p. 3).

A intenção é ajustar a lei de direitos autorais aos novos meios de reprodução digital do bem abstrato que surgiram com a internet e que hoje pode se dar por qualquer meio ou processo.

Deve-se levar em consideração, inclusive, o quão difícil é para o direito autoral fazer o controle, especialmente nos casos em que se trata de reprodução privada, a qual foge da esfera de direito exclusivo e garantido ao autor. Esse controle desmoderado por parte dos detentores dos direitos autorais poderia, assim, adentrar um campo privado do usuário.

Ainda, pode-se dizer que, de certa forma, atualmente há liberdade total e ilimitada para a cópia privada, já que ausente regulamentação. (ALENCAR, 2014, p. 15-17). Entretanto, não significa que não existam reservas de direitos e leis que disciplinem a matéria.

Nesse contexto é importante destacar que quando projetada a Lei de Direitos Autorais, em 1998, os juristas não imaginavam que em poucos anos ela estaria tão ultrapassada e antiquada ante o desenvolvimento da informática. (COSTA, 2007).

As obras, como a música e os filmes, se moldaram ao campo digital. O acesso aos bens culturais e artísticos foi banalizado pela internet. É como se a esfera digital tivesse exterminado os discos e filmes em seu formato físico, tornando-os desnecessários, assim como os meios de fiscalização convencionais de direitos autorais. (COSTA, 2007). Do mesmo modo, *in verbis*:

> Gravadoras e sociedades de arrecadação exercem o seu direito de espernear com o argumento de que a troca de arquivo é ilegal, já que o conteúdo está protegido pelas regras vigentes de Direitos Autorais. Autores e produtores brigam porque as vendas de discos e filmes caem, na proporção inversa em que crescem a popularidade de artistas à margem da indústria cultural. (CONJUR, 2007).

O avanço da tecnologia e do acesso à informação faz com que a venda de discos e filmes diminuam; a partir daí surgem conflitos entre autores e produtores. Ainda, grande parte dos doutrinadores entende que a influência da internet trouxe complicações para o direito autoral, no que diz respeito aos direitos patrimoniais e aproveitamento econômico realizado pelas grandes empresas.

A partir desse entendimento, seria mais do que necessário haver algumas mudanças e alterações na lei de direitos autorais como meio de proteção jurídica das obras intelectuais. (SCHOSSLER, 2017 p. 273).

Em contrapartida, há quem entenda que a era digital só afeta os interesses da indústria de entretenimento, uma vez que ela favorece o autor quando viabiliza um maior acesso coletivo a obra intelectual. Dessa forma, essa parte de doutrinadores acredita que a lei de direitos autorais precisa de alguns poucos reparos. (SCHOSSLER, 2017 p. 273).

Também há quem afirme que a lei dos direitos autorais não carece de mudanças, e que ela é absolutamente capaz de ser aplicada ao mundo físico e ao virtual. (SCHOSSLER, 2017 p. 274). Diante de todos esses posicionamentos, é de se considerar que uma adequação na lei de direitos autorais é necessária, bem como as formas de fiscalização dos direitos do músico.

Em 2016, outra discussão que foi arguida sobre o tema, se referiu à flexibilização dos direitos autorais para aprimorar o acesso à cultura. (HAJE, 2016). Por sua vez, de acordo com Allan Rocha, tanto os direitos autorais quanto o acesso à cultura são direitos fundamentais e, por esse motivo, ambos devem ter igual valor para o ordenamento jurídico.

O autor afirma que é preciso identificar os casos em que o acesso à cultura é mais relevante do que a devida tutela dos direitos autorais. A ideia não é excluir essa proteção, mas dar mais espaço à cultura. (HAJE, 2016).

Ademais, com o intuito de conferir maior acesso cultural ao público, tem-se que, *in verbis*:

> Não deveria haver cobranças de diretos autorais, por exemplo, no espaço escolar, em cineclubes e outras associações culturais sem fins lucrativos. Ele destacou ainda que o Supremo Tribunal de Justiça entende que as limitações à cobrança dos diretos autorais previstas na lei devem ser interpretadas como exemplo, e não de forma restritiva, devendo ser aplicadas de forma análoga em outros casos. (HAJE, 2016).

Na medida em que se limita o direito autoral e se aplicam cobranças sobre a execução e difusão da obra em todos os seus meios, surge um obstáculo ao acesso cultural para aqueles que não são financeiramente sucedidos. (HAJE, 2016).

Por outro lado, o artista faz da arte o seu modo de subsistência. Nesse sentido, seria controverso liberar o não pagamento de direitos autorais sob a alegação de impedir o acesso à cultura. Ademais, há a carência de ajustes entre a lei, as empresas e os artistas no tocante a essas novas discussões.

É preciso avançar e estabelecer uma parceria com a Internet ao invés de manter uma situação de conflito com ela. De acordo com a ONG Consumers International, o Brasil tem a pior lei dos Direitos Autorais do mundo. (LEAL, SILVA, FER-REIRA, 2016, p. 10). Embora se procurem meios de proteção, a criatividade não é algo que se possa guardar a “sete chaves”. Nesse sentido, *in verbis*:

> [...] como não há cofre, nem bancos para guardar ideias, sons, imagens e outras criações do espírito, o direito autoral é o mais vulnerável, o mais difícil de ser protegido. Por isso é tão fácil furtar ideias alheias, composições e criações do espírito em geral. A pirataria dos direitos autorais é assombrosa no mundo todo. (FILHO, 2001, p. 49 e 50).

Dentre os diferentes posicionamentos por parte dos doutrinadores, eles entram em consenso, todavia, quanto à problemática de inibir os ataques virtuais aos direitos das criações intelectuais do autor (SCHOSSLER, 2017, p. 274). Parece necessária, portanto, alguma alteração na legislação nesse ponto, bem como maior fiscalização quanto à aplicação da lei autoral já vigente.

4.3. Responsabilidade civil pela violação dos direitos autorais

No campo civil tem-se que o instituto da responsabilidade civil surgiu a partir de um sentimento de vingança privada. Ainda, na maioria dos casos se cominará, de forma cumulativa, “o pagamento de indenização por perdas e danos (inclusive morais) e, em alguns casos, de multa.” (FILHO, 2016). Nas palavras do autor, *in verbis*:

> Os valores devem ser em níveis desestimuladores de novas práticas lesivas, conferindo-se efetivo amparo aos titulares de direitos sobre as criações intelectuais. Ao mesmo tempo, tendo em vista que o objetivo da indenização é reestabelecer (ou ao menos tornar tão próxima quanto possível) a situação anterior ao surgimento do dano, o valor estipulado não pode ser excessivo, sob o risco de causar o enriquecimento sem causa da vítima. (FILHO, 2016).

Com poucas medidas sancionadas nesse sentido, os juristas e doutrinadores criaram alguns critérios para estabelecer uma direção. A fixação do dano moral se dará, por exemplo, independente da comprovação do prejuízo. Nesse sentido, o montante referente à indenização a ser pago deverá ser fixado de tal modo que desmotive novas infrações; o perito que atuar deve ser qualificado nas áreas correspondentes e as medidas da indenização precisam atender as características de cada caso concreto (FILHO, 2016).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, *in verbis*:

> O ressarcimento devido ao autor haverá de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia. (RSTJ 111/203). (STJ, REsp. n. 150.467-RJ, Min Eduardo Ribeiro).

Assim, a responsabilidade civil deve desestimular novas violações ao direito. O autor pode gozar com exclusividade de seus direitos, mas para isso, é necessário que seus diretos morais e patrimoniais estejam tutelados contra qualquer transgressão que possa vir a sofrer por terceiros.

Igualmente, ao se dar conta que teve sua criação violada, o autor “pode reivindicar a cessação da violação, a remoção dos objetos contrafeitos, a obtenção de informações, o ressarcimento de danos, a apreensão de rendimentos.” (HAMMES, 1996, p.145).

Estará sujeito a sanções cíveis e administrativas a pessoa que, sem autorização do autor, publicar, divulgar, distribuir, vender ou expuser à venda, ou utilizar de qualquer forma fraudulenta a obra. A omissão do nome do autor, do intérprete ou do executante também gera o direito a indenização pelos danos sofridos (HAMMES, 1996, p. 146-147).

Ressalta-se, ainda, que no campo do direito digital a responsabilidade civil, por uma questão de necessidade, tem algumas diferenças relativamente às concepções

tradicionais (PINHEIRO, 2010, p. 399). Do mesmo modo, para o Direito Digital, *in verbis*:

> [...] a teoria do risco tem maior aplicabilidade, uma vez que, nascida na era da industrialização, vem resolver os problemas de reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável, ou seja, onde há responsabilidade mesmo que sem culpa em determinadas situações, em virtude do princípio de equilíbrio de interesses e genérica equidade. (PINHEIRO, 2010, p.400).

Considerando, então, o equilíbrio de interesses entre os direitos de autor e os direitos de uso da obra, a culpa em casos de violação desses direitos não é um elemento indispensável.

Na internet, considerando seu grande potencial com as mídias e veículos de comunicação, os danos indiretos são consideravelmente muito maiores que os danos diretos. Mesmo sem intenção, a capacidade de gerar prejuízos a outrem, existe e é grande. Satisfatoriamente, a teoria do risco protege e resolve as adversidades virtuais, determinando assim, a quem cabe o ônus da prova em cada fato. (PINHEIRO, 2010, p. 400). Assim, no Direito Digital a responsabilidade civil, *in verbis*:

> [...] tem relação direta com grau de conhecimento requerido de cada prestador de serviço e do consumidor-usuário também. Nenhuma das partes pode alegar sua própria torpeza para se eximir de culpa concorrente. (PINHEIRO, 2010, p.400).

No tocante ao dano moral, se no mundo real já existem tantos conflitos sobre a matéria, é de se imaginar que no mundo virtual esses conflitos tenham uma proporção ainda maior.

Cabe analisar, caso a caso, o tipo de conduta praticada e a extensão dos danos dela decorrentes, levando-se em consideração que a lei vigente é totalmente aplicável à seara digital, sobretudo “se a Internet for entendida como um veículo de comunicação e mídia.” (PINHEIRO, 2010. p. 403).

4.4. Possíveis soluções para a efetiva proteção do direito autoral do músico na era digital

Diante da atual situação da era digital e com a proliferação das novas tecnologias que simplificam a conexão e alcance de informações, criou-se uma nova perspectiva dos direitos autorais.

Com tantos novos conhecimentos e a dificuldade de controle da propagação das obras, ao autor cabe algumas alternativas de proteger sua criação (SCHOSSLER, 2017, p. 274). Dentre elas se destacam, *in verbis*:

> A primeira é lutar contra os downloads gratuitos que prejudicam seus direitos patrimoniais, e, principalmente, das industriais que auxiliam na produção, reprodução e divulgação de suas obras intelectuais. A segunda é deixar que suas obras intelectuais pudessem ser adquiridas através dos downloads disponibilizados na internet, buscando com isso a valoração da paternidade sobre a criação. A terceira é buscar o auxílio das ferramentas disponibilizadas pela internet, sem que isso signifique abrir mão de seus direitos patrimoniais, utilizando o meio virtual para globalizar suas criações intelectuais e, assim, postular a fama desejada por muitos autores. Verifica-se que todas as opções são plausíveis e vêm sendo utilizadas atualmente, sendo que o combate aos downloads ilegais está perdendo cada vez mais sua força, diante da dificuldade em conter e identificar os infratores dos direitos autorais. (SCHOSSLER, 2017, p. 274-275).

Não é de hoje o mau hábito de se valer dos benefícios dos verdadeiros autores ou burlar a proteção dos direitos autorais. Porém, noutro tempo os meios de acesso eram poucos e por isso não se verificavam tantas violações aos direitos como hoje.

A criação da comunicabilidade em massa, que por intermediação da rede provoca a mutação imediata de informações, torna-se indispensável à inserção de novos recursos mais eficientes para a defesa dos direitos autorais. Do contrário, corre-se o risco da extinção desse direito, diante da ampla disposição da pirataria nos meios de comunicação, uma vez que essa proteção não terá resultados positivos se utilizados os meios tradicionais (OLIVEIRA, TOFFOLI, p. 26).

A esse respeito vale destacar o seguinte, *in verbis*:

> Solução interessante já utilizada no Brasil e que merece mais divulgação e incentivo é a dos mecanismos Copyleft. Através deles, os artistas disponibilizam suas obras para que outros a possam copiar, modificar e, quem sabe, até melhorar, mas protegendo ainda o autor. A Creative Common, entidade que se baseia na filosofia Copyleft, é bem apoiada no Brasil. O Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getúlio Vargas é a entidade responsável por adaptar a Creative Commons à realidade local e incentivar sua adoção. (LEAL, SILVA, FERREIRA, 2016, p. 10).

O sistema *Copyleft*, por sua vez, garante que o detentor de direitos de propriedade intelectual controle o uso de suas obras além dos limites da lei. Assim, através das "licenças inspiradas no *copyleft*, aos licenciados seria garantido, de

maneira genérica, valer-se das obras de terceiros nos termos da licença pública outorgada.” (LEMOS, JÚNIOR, S.D., p. 3).

Por outro lado, o sistema *Creative Commons* tem como objetivo, *in verbis*:

> Expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis. Na maioria dos casos, “commons” é um recurso a que as pessoas de determinada comunidade tem acesso sem a necessidade de se obter qualquer permissão. Em alguns casos, a permissão é necessária, mas seria concedida de maneira neutra. (LE-MOS, JÚNIOR, S.D., p. 12-13).

De outro modo, durante longos anos o ECAD litigou com a empresa Oi Móvel S.A, devido ao fato da operadora se negar a pagar os direitos autorais decorrentes da viabilização, através da internet, de obras tuteladas pela entidade.

Foi, portanto, uma discussão que opôs “os interesses econômicos de uma empresa de telecomunicações ao direito dos titulares de obras musicais e fonogramas à remuneração pela sua exploração.” (FILHO, 2018).

Em julgado sobre esse caso, o STJ decidiu pela procedência do pedido do ECAD e pela condenação da empresa de telefonia. A seguir, extraiu-se comentário sobre a decisão, *in verbis*:

> Por 8 votos a 1, o Superior Tribunal de justiça concluiu que a cobrança contra a Oi procede, pois a Lei 9.610/98 prevê que, independentemente da tecnologia empregada na exploração de obra, cada meio se consubstancia em fato gerador autônomo de direitos autorais. O ECAD, de acordo com a mesma lei (já modernizada pela Lei 12.853/2013), continua sendo o gestor de direitos autorais nas hipóteses de disponibilização de repertório musical oferecido por meio coletivo e público, não sendo necessário se recorrer a qualquer lei – muito menos à Constituição – para se verificar que não existe ambiente tão coletivo e público quando o da internet. (FILHO, 2018).

Na decisão, o STJ deixou claro que a simples permissão e exposição da música nos canais da rede é o suficiente para torná-la execução pública, ainda que sua fusão se dê per *streaming*. (GRILLO, 2017).

Por fim, é certo dizer que os direitos autorais, quando expostos às violações no campo da internet, em consequência da intensa disseminação na rede mundial de computadores, requerem tutela jurisdicional imediata, para se evitar um dano maior ou para que este não se torne um erro incorrigível.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Requerem, também, em muitos casos, uma tutela preventiva, para os sistemas do *fair use*, *copyleft* e *creative commons*, bem como uma reanálise no que diz respeito às formas de remuneração dos criadores. (OLIVEIRA, TOFFOLI, p. 29 e 30).

É sabido, pois, que cabe ao direito intervir nas relações que se manifestarem no decorrer da demanda social, valendo-se dos recursos do próprio sistema para alcançar a harmonia e a eficácia para a resolução das colisões e divergências que há entre os princípios desse próprio direito.

Assim, para a solução desses conflitos é necessário impor limitações de um lado ou de ambos, empregando-se a ponderação e flexibilidade ao caso concreto. De um lado geral tem-se buscado estabelecer um equilíbrio para ponderar os direitos autorais e o acesso à informação. (OLIVEIRA, 2011).

Nesse cenário, destaca-se, ainda, a proposta de releitura da legislação objetivando sanar as colisões e atender aos interesses dos autores e da sociedade, simultaneamente. A esse respeito, *in verbis*:

> É fruto de um movimento da sociedade civil juntamente com segmentos do Ministério da Cultura para promover a atualização dos dispositivos legais que regulam os direitos de autor, visando uma adequação coerente com a sociedade tecnológica que se faz cogente. (OLIVEIRA, 2011).

A rede mundial de computadores não deve ser vista como uma terra sem lei, mas deve auxiliar no crescimento da disseminação do conhecimento e do acesso à cultura. Assim sendo, direito autoral e internet devem estar unidos, devem ser trabalhados juntos como incentivadores do acesso ao conhecimento. Este é o ponto de partida para uma sociedade que preze pela igualdade e pela cidadania (OLIVEIRA, 2011), na medida em que prioriza o acesso à cultura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história sempre foi norteada pela música. Como tentativa de preservação desta forma de arte e diante da importância da música para a sociedade, foram criadas normas para regulamentar e amparar a divulgação, distribuição e arrecadação dos lucros advindos da criação e produção de músicas.

Assim, o direito autoral surgiu como meio legal de efetivar referida proteção. Sua principal função e utilidade se referem ao amparo do direito personalíssimo e patrimonial do autor. Tradicionalmente, é a partir dos direitos autorais que se estimula

a atividade artística, científica ou literária. Ou seja, concluiu-se, a respeito dos direitos autorais, que a ele é atribuído o papel de fomentar a produção cultural. Ocorre que questionamentos surgem a partir dessa conclusão, ou seja, qual é a eficácia de fomentar a cultura se o acesso a ela é cobrado?

Ademais, existem órgãos como o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição que auxiliam na fiscalização e proteção desses direitos, na medida em que controlam a execução e difusão das obras. Entretanto, salienta-se que, embora o autor não tenha realizado o registro, ainda assim é amparado pela legislação.

Além disso, diante dessa proteção e da existência de normas que a garantem deve existir sanções quando ocorrer violação a esses direitos. Concluiu-se que essas sanções possuem, inclusive, papel pedagógico, a fim de evitar novas ocorrências. Ainda, o ressarcimento em caso de transgressão da norma haverá de ser superior ao que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. Caso contrário, não haveria necessidade de anuência para reprodução e divulgação da obra.

Percebe-se, portanto, a importância do papel do direito autoral na proteção do autor, o qual possui um direito cuja natureza pode ser classificada em personalíssimo e patrimonial.

A música, como um meio cultural complexo e capaz de transmitir prazer aos seus ouvintes, bem como o seu criador merece especial atenção. Redobra-se esta atenção quando se fala em era digital, em que a difusão e propagação de ideias e dados ocorrem de forma extremamente veloz.

A partir disso, torna-se difícil a devida proteção desses dados e é por essa razão que o Direito deve estar devidamente atualizado e acompanhar as mudanças que surgem na sociedade, em especial nas áreas que carecem de urgente normatização, como é o caso do Direito Autoral, ainda que esta tarefa se revele quase impossível. Entretanto, diante das necessidades atuais “we'll keep on fighting till the end” (Queen, 1977), pois é de batalhas que se vive o Direito.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. 1 ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALENCAR, Mariése Garcia Costa Rodrigues de. **Análise do Projeto de Lei n° 3.133/2012 Sob a Ótica Constitucional**: A limitação aos direitos autorais para fins de uso privado sob uma perspectiva principiológica. 2014. Disponível em: <http://pidcc.com.br/artigos/052014/01052014.pdf>. Acesso em 22 de out. de 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.610/98** – Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. **Lei Federal n. 9609/98** - Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Acesso em: 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/leis/l9609.htm>

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 150.467-RJ, Min Eduardo Ribeiro.

CARNEIRO, Amanda de Abreu Cerqueira. **A "pirataria" e o entendimento dos tribunais superiores e estaduais quanto à aplicabilidade dos princípios da adequação social e insignificância**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pirataria-e-o-entendimento-dos-tribunais-superiores-e-estaduais-quanto-a-aplicabilidade-dos-principios-da-adequacao-social-e-insignificancia/>. Acesso em 21 de agosto de 2024.

COSTA, Priscyla. **Novas tecnologias desafiam proteção do direito autoral**. Conjur. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-set-29/novas_tecnologias-_desafiam_protecao_direito_autoral>. Acesso em 21 de agosto de 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Direito das coisas.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. Brasil. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/o-ecad/quem-somos/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 16 de set. de 2018.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. Brasil - **Regulamento de Distribuição**. 2016. Disponível em: <http://www2.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/Regulamento-de-Distribuicao-/Documents/Regulamento%20Distribui%C3%A7%C3%A3o_2016.pdf>. Acesso em 12 de out. de 2018.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. **O que é direito autoral**. Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/direito-autoral/o-que-e-direito-autoral/Paginas/default.aspx>. Acesso em 23 de mai. de 2018.

FILHO, Marco Antonio Moreira da Silva. **Responsabilidade civil no direito autoral**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <https://marcoamoreira.jusbrasil.com.br/artigos/-400808466/responsabilidade-civil-no-direito-autoral>. Acesso em 21 de agosto. de 2024.

FILHO, Plínio Martins. **Direitos autorais na internet**. Scielo. On-line version ISSN 1518-8353. S.D. Acesso em 30 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000200011>

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Direito autoral e responsabilidade civil**. Revista da EMERJ, v.4, n. 13, 2001, p. 41-50. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_43.pdf>. Acesso em 27 de out. de 2018.

FRANCISCO, Pedro Augusto P.; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Da Radio ao Streaming**. ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17034/Da%20r%C3%A1dio%20ao%20streaming.pdf>. Acesso em 12 de out. de 2018.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. **Os direitos autorais musicais na era digital**: a questão dos “ringtones” e dos “truetones” – uma interpretação da legislação brasileira. Brasil, 2006. Disponível em: <http://www.copyrights.com.br/cmsadmin/-uploads/PALESTRA_(ABRIL-2006).pdf>. Acesso em 05 de out. de 2018.

GRILLO, Brenno. Alexandre de Moraes nega recurso sobre cobranças por transmissão streaming. **Conjur**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/-2017-out-24/oferecer-musica-streaming-caracteriza-execucao-publica>. Acesso em: 30 de out. de 2018.

GUEIROS JR., Nehemias. **O Direito Autoral no Show Business**. 1 ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

GUEIROS JR., Nehemias. **O Direito Autoral no Show Business**. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

HAJE, Lara. Especialistas discordam sobre reforma da legislação de direitos autorais. **Câmara dos Deputados**. Câmara Notícias. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/505086-ESPECIALISTAS-DISCORDAM-SOBRE-REFORMA-DA-LEGISLACAO-DE-DIREITOS-AUTORAIS.html>. Acesso em 28 de out. de 2018.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

LEAL, Ana Luiza Coutinho da Silva; SILVA, Mara Lúcia Sousa da; FERREIRA, Marília de Leal. **Direitos Autorais** – Uma abordagem artística e jurídica. Copyriht – Na Artistic and leal approach. Universidade Federal do Pará. 2016. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/conexao/article/viewFile/8392/5293>. Acesso em 27 de out. de 2018.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

Lemos, Ronaldo. Junior, Sergio Vieira Branco. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas.** S.D. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj-/https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/ace5c513-155a-4d35-b4cf-275e6eb0db96/contente>. Acesso em 21 de agosto de 2024.

OLIVEIRA, José Sebastião de. TOFFOLI, Vitor. **O acesso à justiça e o direito autoral: desafios para efetiva tutela deste direito da personalidade na era digital e possíveis soluções conciliatórias**. S.D. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=df6c9756b2334cc5>. Acesso em 25 de out. de 2018.

OLIVEIRA, Rodolpho Silva. **Direito autoral e internet**: paradoxos e soluções. Conteúdo Jurídico. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/-artigo,direito-autoral-e-internet-paradoxos-e-solucoces,34645.html>. Acesso em 29 de out. de 2018.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIMENTA, Eduardo Salles. **Direito conexo da empresa de radiodifusão**. São Paulo: Lejus, 1999.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

PRO Música. Musica Brasil. Associação Brasileira dos Produtores de Discos - **Mercado Fonográfico Mundial e Brasileiro em 2017**. Rio de Janeiro, 2018, P. 10. Acesso em 15 de outubro de 2018. Disponível em: <https://pro-musicabr.org.br/2018/04/25/mercado-fonografico-mundial-e-brasileiro-em-2017/>

PRO Música. Musica Brasil. Associação Brasileira dos Produtores de Discos – ABPD. **Marco da internet ameaça direitos autorais**. Disponível em: <https://pro-musicabr.org.br/2012/11/07/marco-da-internet-ameaca-direitos-autorais/>. Acesso em 04 de out. de 2018.

PRO Música. Musica Brasil. Associação Brasileira dos Produtores de Discos – ABPD. **MERCADO FONOGRÁFICO MUNDIAL E BRASILEIRO EM 2017**. Disponível em: <https://pro-musicabr.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Pro_MusicaBr_IFPIGlobal-MusicReport2018_abril2017-003.pdf>. Acesso em 04 de out. de 2018.

SCHOSSLER, Luiz Antônio Sawitzki. **O reconhecimento do direito autoral na era digital**. 2017, p. 269-278. Disponível em: <http://www.api.org.br/-conferences/index.php/ENPI2017/ENPI2017/paper/viewFile/139/114>. Acesso em 25 de out. de 2018.

SEBRAE – **Serviço Brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas**. Musica tocando negócio: Um Guia para ajudar você a empreender na música. 2015. Disponível em: <https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/-bds/bds.nsf/e491dcf107479d1628190fceb77085f9/$File/5810.pdf>. Acesso em 05 de out. de 2018.

SOARES, Sávio de Aguiar. SOARES, Camila Januário Ferreira. **Princípios de direitos autorais e sua tutela sob o aspecto patrimonial**. S.D. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=62cb1b02c845efe4>. Acesso em 15 de out. de 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Direitos reais**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. **Direitos reais**. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO À LUZ DA SÚMULA 244 DO TST

PROVISIONAL STABILITY OF THE PREGNANT WOMAN IN THE TEMPORARY WORK CONTRACT IN LIGHT OF SUMMARY 244 OF THE TST

Gustavo Ribas Daou[1]

Mara Darcanchy[2]

Resumo: O trabalho refere-se ao instituto da estabilidade, focando na estabilidade da gestante frente ao contrato de trabalho temporário, analisando o seu conceito, aplicabilidade, o contrato de trabalho temporário, passando a Súmula 244 do TST e suas alterações. Tendo como objetivo analisar frente à legislação vigente a possibilidade jurídica da gestante adquirir a estabilidade no emprego no caso de ser contratada através deste contrato com prazo determinado, levando-se em conta não só a legislação como também a jurisprudência, a qual não é uníssona, havendo divergências até mesmo quanto a necessidade ou não da comunicação prévia do estado gravídico, teoria objetiva ou subjetiva a ser aplicada, bem como aborda o novo entendimento jurisprudencial, e o novo enunciado do inciso III da súmula que anteriormente proibia a aplicação da estabilidade à gestante no contrato de experiência, mas foi superado pela jurisprudência passando a vigorar com uma redação permissiva, tendo em vista o direito a proteção da vida, com respaldado no princípio da proteção a maternidade e ao nascituro.

Palavras-Chave: Estabilidade. Gestante. Trabalho Temporário. Súmula 244 do TST.

Abstract: The work refers to the stability institute, focusing on the stability of pregnant women in the face of the temporary work contract, analyzing its concept, applicability, the temporary work contract, passing on TST Summary 244 and its amendments. With the objective of analyzing, in view of current legislation, the legal possibility of a pregnant woman acquiring job stability if she is hired through this fixed-term contract, taking into account not only the legislation but also jurisprudence, which is not unanimous, there are divergences even regarding the need or not for prior communication of the pregnancy status, objective or subjective theory to be applied, as well as addressing the new jurisprudential understanding, and the new statement of item III of the summary that previously prohibited the application of stability to pregnant women in the trial contract, but it was overcome by jurisprudence and came into force with a permissive wording, taking into account the right to the protection of life, supported by the principle of protection of maternity and the unborn child.

Keywords: Stability. Pregnant woman. Temporary Work. Summary 244 of the TST.

[1] Graduado em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Advogado inscrito na OAB/PR sob nº. 58.294.

[2] Pós-Doutora PhD em Direito Internacional (Itália). Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com Bolsas CNPq e CAPES respectivamente; Graduada nos cursos de Bacharelado em Direito (FDC) e Licenciatura plena em Letras português/espanhol (CNE). Pesquisadora Sênior DGP/CNPq da Universidade Ibirapuera (UNIB-SP). Lattes: <https://orcid.org/0000-0002-6004-4633>.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da estabilidade no emprego visa garantir ao trabalhador a segurança de que não será despedido de forma imotivada.

Desta feita para a estabilidade da empregada gestante o direito nasce do resultado do exame de gravidez, contudo isto independe da comunicação ao empregador. Prevê o artigo 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal a estabilidade a partir da confirmação da gravidez e estende-se até cinco meses após o parto.

No entanto como a estabilidade se configura com a confirmação da gestação e/ou gravidez isto acaba gerando diversas dúvidas e questões no mundo fatídico, o que por vezes acaba tendo de ser resolvido pela justiça.

Assim objetiva-se esclarecer a incidência do instituto da estabilidade, bem como a sua aplicação, levando-se em conta o trabalho temporário.

Desta forma, o presente artigo tem intenção de examinar a estabilidade de forma geral, focando na estabilidade da gestante, suas hipóteses e incidências, frisando quanto ao contrato de trabalho por prazo determinado, com foco no contrato temporário e a possibilidade da concessão da estabilidade provisória nesta modalidade contratual, ainda o entendimento jurisprudencial e seus pontos controvertidos, a súmula 244 do TST e suas alterações.

2. ESTABILIDADE NO EMPREGO

Com a finalidade de melhor compreender o instituto em análise, primeiramente se faz necessário obter a noção sobre o que é estabilidade no trabalho/emprego. Assim na descrição do Dicio, dicionário online de português, o conceito jurídico de estabilidade é “Circunstância em que uma pessoa não corre o risco de ser demitida; situação do funcionário público que, admitido por concurso, só pode ser demitido por ação judicial” (DICIO, 2015).

No entendimento doutrinário de Luciano Martinez (2012, p. 597), a estabilidade no emprego é entendida como “a fórmula de proteção caracterizada pela vedação à resilição por iniciativa patronal. Por meio dela o empregador fica impedido de desliar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo”.

Então trata-se de garantia do empregado de não ser imotivadamente dispensado, se inserto dentro das previsões legais de cobertura.

2.1 Alguns casos a que se aplicam a estabilidade

Como questão dê-se expor melhor a análise sobre a matéria, serão apresentados os principais casos em que se aplicam a disciplina, assim segue o quadro abaixo:

ORIGEM	DESCRIÇÃO	PREVISÃO LEGAL
Acidente de trabalho	Tendo o empregado gozado auxílio acidente, tem estabilidade por 1 ano após o retorno ao trabalho	Art. 118 da Lei nº. 8.213/91
Dirigente Sindical	Desde o registro da candidatura até 1 ano após o término do mandato	Art. 543 §3º da CLT e Súmula 369 do TST
Membro da Comissão Interna de Prevenção a Acidentes (CIPA)	Desde o registro da candidatura até 1 ano após o término do mandato	Art. 165 da CLT
Gestante	Desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto	Art. 10, II, b, do ADT da Constituição Federal

Ainda existem outras hipóteses, como a estabilidade firmada em negociações sindicais, como exemplo disso há a situação em que antes de 1 (um) ano da aposentadoria ou quando após a paralisação por greve, entre outras.

2.2 Previsão Legal

As principais disposições legais sobre o tema, assim começando pela nossa Lei Maior.

A Constituição Federal previu como cláusula pétrea, em seu artigo 7º, inciso XVIII que:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (BRASIL, 1988)

Nesta esteira e pretendendo uma melhor proteção ao direito da mulher empregada o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu que constatada a gravidez da empregada durante o contrato de trabalho, inclusive no período do aviso prévio indenizado, faz jus a garantia provisória de emprego, podendo ser demitida apenas se cometer falta grave prevista no artigo 482 da CLT.

> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (BRASIL, 1988)

Referidas disposições buscam trazer benefícios ao estado em que a mulher se encontra e tem fundamento na proteção do nascituro, sendo que o primeiro e mais elementar dos direitos humanos é o direito à vida.

O que gerou hoje o artigo 391 e 391-A da CLT, que dispõem:

> Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.
> Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 1943)

Assim, mesmo que a empregada saiba de sua gestação durante o aviso prévio, terá o direito à estabilidade no emprego até 5 meses após o parto, visando trazer maior proteção sua e como consequência ao nascituro.

Ocorre que existem exceções à regra disciplinada pelo texto constitucional que devem ser levadas em consideração neste estudo.

Sendo a empregada sabedora de sua gravidez e voluntariamente pede demissão ao empregador, não há o que se falar em estabilidade, pois neste caso há renúncia a este direito.

Este é o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

> RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - PEDIDO DE DEMISSÃO - INICIATIVA DA EMPREGADA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - INEXISTÊNCIA. O art. 10, II, b, do ADCT protege a empregada gestante da dispensa arbitrária ou sem justa causa, não lhe assegurando nenhum direito na hipótese de rompimento do pacto laboral por sua iniciativa. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 241678020135240051 24167-

> 80.2013.5.24.0051, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJ: 13/11/2013, 7ª Turma, DP: DEJT 18/11/2013)

No mesmo sentido há renúncia ao direito de estabilidade se a gestante desconhecia o estado gravídico e pede demissão ao empregador:

> RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO. EXTINÇÃO DO CONTRATO POR INICIATIVA DA EMPREGADA. VALIDADE. 1. A estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT confere limitações à resilição do contrato de emprego por iniciativa do empregador, vedando-se a dispensa sem justa causa. 2. Independentemente do conhecimento do estado gravídico pela empregada, por outro lado, não há vedação ao exercício regular do direito à demissão, conferindo-se total validade ao seu ato. Precedentes. 3. Não enseja condenação ao pagamento de indenização substitutiva e reconhecimento de estabilidade provisória da gestante quando comprovada a extinção da relação de emprego por iniciativa da empregada. 4. Recurso de revista da Reclamante não conhecido. (Processo: RR - 20205-26.2012.5.20.0009 DJ: 04/11/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DP: DEJT 13/11/2015)

No entanto, se a empregada que conta com mais de um ano de serviço, tendo o devido conhecimento de seu estado gravídico, pedir demissão, tal ato só será válido se devidamente assistido pelo sindicado ou autoridade competente:

> RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PEDIDO DE DEMISSÃO. EMPREGADA GESTANTE COM MAIS DE UM ANO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL OU DE AUTORIDADE COMPETENTE. INVALIDADE. Esta Corte tem reiteradamente entendido que o requisito previsto no art. 477, § 1º, da CLT, de que o pedido de demissão firmado por empregado com mais de um ano de serviço só será válido se firmado com assistência do respectivo sindicato ou perante autoridade do Ministério do Trabalho, não constitui mera formalidade, de forma que o pedido de demissão feito sem a sua observância deve ser convertido em dispensa sem justa causa. Mais grave ainda é a situação dos autos, em que a empregada se encontrava grávida. Assim, nos termos da norma constitucional, é assegurada à gestante a estabilidade provisória no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Tem-se, portanto, que o pedido de demissão só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato, conforme prevê o artigo 500 da CLT, independentemente da duração do contrato de trabalho. Na hipótese, como o pedido de demissão da reclamante não foi homologado pelo Sindicato ou Ministério do Trabalho e Emprego, deve ser considerado inválido. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 12145520135040027, Relator: José Roberto Freire Pimenta, DJ: 09/09/2015, 2ª Turma, DP: DEJT 18/09/2015)

Como disposto a legislação com este instituto não visa tão somente proteger a mulher trabalhadora, mas, em especial, ao nascituro, contudo como restou

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

consignado referido direito também possui suas exceções, e sem as observações das quais não há que se falar em direito a estabilidade.

2.3 A estabilidade da gestante no emprego

A ADCT e a Constituição Federal asseguram a estabilidade a empregada gestante contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, no entanto não se refere ao tipo de contrato, sendo certo que basta a empregada estar gestante para garantir a estabilidade.

Verifica-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotaram a denominada teoria objetiva, segundo a qual basta a confirmação da gravidez pela própria gestante, independentemente de o empregador saber ou não do estado gestacional daquela. Conforme se observa na ementa:

> GESTANTE. ESTABILIDADE. TEORIA OBJETIVA. CONFIRMAÇAO DA GRAVIDEZ O constituinte consagrou a proteção à gestante e ao nascituro, independentemente de considerações subjetivas sobre o conhecimento ou não da gravidez pelo empregador, sendo certo que a garantia de emprego se inicia com a "confirmação da gravidez" e não com a confirmação por parte da empregada do estado gravídico junto ao empregador.
> (TRT-2 - RECORD: 618200420102003, Relator: VALDIR FLORINDO, DJ: 22/11/2005, 6ª TURMA, DP: 13/12/2005)

Conforme notícia Valentim Carrion, o STF já firmou entendimento a respeito, senão vejamos:

> "A garantia provisória de emprego à gestante, conferida pela norma constitucional, tem por objetivo principal a proteção da saúde e integridade física do nascituro e, em segundo plano, assegurar tranquilidade à mãe que, nesse estado, encontra-se mais suscetível de alterações emocionais, que poderão interferir negativamente no desenvolvimento da criança, bem como garantir que a mesma possa ter condições de se manter, enquanto estiver cuidando do nascituro nos primeiros meses de vida. Regra geral, tal garantia permanece atrelada ao contrato de trabalho da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto." (CARRION, 2006, p.269)

De outro lado verifica-se que ainda há a corrente da teoria subjetiva, pela qual a mulher deve comprovar à empresa sobre seu estado gravídico através de exames médicos, ou seja, se faz necessário dar a ciência ao empregador. Até mesmo porque tal prova lhe facilita o exercício do direito, se necessário se fizer a discussão judicial do fato, sendo que há jurisprudência negando o direito em determinados casos.

> RECURSO DE REVISTA – GRAVIDEZ – ESTABILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA DO ESTADO GRAVÍDICO. A Corte regional foi categórica de que a controvérsia repousa sobre a data do nascimento da criança, consignando que "a data de nascimento do filho da reclamante mostrou-se controversa, já que a reclamada contraditou essa tese da parte autora, recaindo a esta o ônus probatório correspondente, do qual não se desincumbiu." Salienta que não veio aos autos nenhuma prova da condição de grávida da reclamante, ao tempo de sua dispensa, e que o único documento constante dos autos foi juntado na fase recursal. Como bem consignou o Regional, a Súmula nº 8 do TST preceitua que "a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior á sentença". Outrossim, a exigência da juntada de documento apto a comprovar a condição da reclamante, não diz respeito à questão referente à regularização da petição inicial e sim com a prova, ônus do qual a reclamante não teria se desincumbido. Logo, não prospera a alegação de que não lhe foi oportunizada a regularização da petição inicial, até porque não houve indeferimento da inicial. Descabida, portanto, a alegada violação dos arts. 283 e 284 do CPC e 3º, § 1º, e 4º da Lei nº 12.662/2012, além da apontada contrariedade à Súmula nº 263 do TST. Por outro lado, a Corte regional considerou "que a MM. Vara apreciou e julgou com acerto a questão, porque inteiramente apegada às provas constantes dos autos e ao senso de Justiça, daí entender merecedora de confirmação integral a decisão.". Assim, não há falar que a questão da controvérsia sobre a gravidez não foi discutida na sentença. Diante desse contexto, em que repousa dúvida sobre o estado gravídico da reclamante ao tempo de sua dispensa, não tendo ela se desincumbido de provar que à época já estava grávida, não há se cogitar de violação ao art. 10, II, "b" do ADCT, tampouco contrariedade às Súmulas nºs 244, I, II e III, e 396, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-1214-42.2012.5.11.0012, Relator: VALDIR FLORINDO, DJ: 19/02/2014, 2ª TURMA, DP: 07/03/2014)

Independentemente da teoria a ser adotada é incontroverso que o empregador fica proibido de dispensá-la arbitrariamente, ou sem justa causa até 5 (cinco) meses após o parto.

Devido a relevância do tema e a preocupação com a empregada gestante e a vida do nascituro o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 244, a qual dispõe:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)
> II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Então, em sendo a mulher dispensada enquanto o empregador desconhecia o seu estado gravídico tem-se que este não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

Ainda lhe é resguardada a garantia da reintegração ao emprego se esta ocorrer durante o período de estabilidade. Sendo de forma contrária, está prerrogativa restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Por fim a estabilidade provisória passou a ser estendida também para aquelas gestantes que trabalham em contratos por prazo determinado, visando atender ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e também a tutela do nascituro.

3. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO

Antes de adentrar no contrato de trabalho temporário propriamente dito será tecida breve consideração sobre o contrato por tempo determinado como um todo, abordando após o contrato de trabalho temporário.

3.1 Breves considerações sobre o contrato de tempo determinado

Brevemente será analisado sobre o contrato por prazo determinado, tendo-se em vista que é a grande inserção ou alteração na Súmula 244 do TST, assim passamos a dispor.

O contrato de trabalho por prazo determinado é aquele que tem fixado datas de início e término antecipadamente combinadas entre o trabalhador e o empregador, sendo que a legislação apenas o permite em algumas situações, assim expostas no art. 443 e seus parágrafos da CLT.

> Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.
> § 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.
> § 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:
> a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
> b) de atividades empresariais de caráter transitório;
> c) de contrato de experiência. (BRASIL, 1943)

Como melhor elucida a Professora Maria Inês Moura S. A. da Cunha

> "O contrato a prazo determinado é aquele que tem termo final para sua existência. Na definição de Clóvis Beviláqua, termo é o dia em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico. Por consequência, contrato a prazo determinado é aquele que tem termo inicial e termo final, sabendo-se, antecipadamente, o período de sua duração." (CUNHA, 2009, pág. 80/81)

A contratação por prazo determinado conforme o artigo citado estabelece três hipóteses fáticas que viabilizam esse tipo de contratação.

A primeira possibilidade dispõe de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, assim para a substituição de empregado em gozo de férias ou licença previdenciária, por exemplo.

Outra hipótese seria de atividades empresariais de caráter transitório, então o que é breve, passageiro.

A última situação trata do contrato de experiência. O empregado é contratado pelo período de experiência de no máximo de 90 (noventa) dias, objetivando que as partes tenham mútuo conhecimento, a de verificar se o empregado tem aptidão para exercer a função para a qual foi contratado, e para o empregado verificar sua adaptação ao ambiente de trabalho.

Outro caso de contrato por prazo determinado é o trabalho temporário, o qual se passará a analise.

3.2 O contrato de trabalho temporário

O trabalho temporário visa suprir acúmulo de serviço, férias ou outros impedimentos de empregados, que as empresas sofrem na falta de mão de obra para execução dos seus serviços (VENEZIANO, 2010, p. 43).

Então este tipo de contratação se destina a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço da empresa, como é o caso das contratações para o final de ano.

Dita espécie de contrato vem regida pela Lei 6.019/74, e é uma relação trilateral, pois se têm nesta relação o trabalhador temporário, a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços (cliente).

Ainda o contrato assim celebrado terá prazo máximo de duração de três meses, sendo que o art. 12 da referida Lei dispõe sobre os direitos do trabalhador temporário.

> Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:
> a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;
> b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);
> c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5107, de 13 de setembro de 1966;
> d) repouso semanal remunerado;
> e) adicional por trabalho noturno;
> f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;
> g) seguro contra acidente do trabalho;
> h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra c do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).
> § 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.
> § 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário. (BRASIL, 1974)

Sendo que a lei proíbe o contrato sucessivo de um mesmo trabalhador com a mesma tomadora, por infringir a transitoriedade e ser considerado comportamento fraudatório aos direitos trabalhistas.

Como visto dentre os direitos expostos no artigo anterior citado não se mostra o direito a estabilidade provisória da gestante.

Além disto, neste tipo de contrato as partes já estariam cientes quando de sua confecção da data do seu término, assim não se poderia pensar em estabilidade provisória por ocorrência de um fato superveniente ao contrato, sem que o empregador tenha culpa.

Portanto a estabilidade provisória não poderia ser considerada com o fim de assegurar ao empregado uma prorrogação do contrato a termo, sob pena de infringir o princípio da boa-fé.

> CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE GESTANTE. DIREITO.INEXISTÊNCIA. O contrato de trabalho temporário possui prazo máximo de duração fixado no art. 10 da Lei nº 6.019/74, o que exclui o pressuposto constitucional da estabilidade gestante, que é a dispensa arbitrária ou sem justa causa.
> (TRT-2 - RO: 362200707802006, Relator: ROSA MARIA ZUCCARO, DJ: 10/12/2008, 2ª TURMA, DP: 20/01/2009)

Assim embora houvesse posicionamentos jurisprudenciais divergentes da redação da lei e da súmula antes de sua alteração, a maioria das decisões judiciais aplicavam este entendimento, no sentido da impossibilidade da estabilidade provisória à gestante no contrato de trabalho temporário.

A Súmula nº 244, inciso III, do TST anteriormente afirmava que:

> "não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa".

Então a súmula também não tratava diretamente do trabalho temporário, no entanto expunha diretamente a situação do contrato com prazo determinado a que faz parte o contrato em análise.

4. A MODIFICAÇÃO DA SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A súmula como dito previa não haver direito da empregada gestante à estabilidade provisória nos contratos por tempo determinado, e frise-se que não há uma dispensa arbitrária ou sem justa causa como proíbe a norma, há somente o decurso do prazo pactuado pelas partes antecipadamente.

Assim por mais que ocorressem posicionamentos jurisprudenciais divergentes da redação da súmula, a grande maioria das decisões judiciais aplicava o seu entendimento, negando a estabilidade provisória à gestante quando em contrato por prazo determinado.

Desta forma, inúmeras ações chegaram ao Supremo Tribunal Federal visando fazer valer os princípios constitucionais de proteção a maternidade e ao nascituro, requerendo a alteração da interpretação da norma, buscando proteção à mulher e a criança.

E o carro chefe para a alteração da súmula se deu pelo julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 634.093 do Distrito Federal, tendo como Relator o Ministro Celso de Melo, cuja controvérsia residia na concessão de estabilidade provisória e licença-maternidade a servidora pública detentora de cargo em comissão. O precedente restou assim ementado:

> "E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º) , sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes." (RE 634.093- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 06/2/2011)

Aqui sendo o início da alteração da súmula e como principal fundamento que o art. 10, inciso II, alínea 'b' do ADCT não restringe a sua aplicabilidade a determinados tipos de contratos, ou que este seja aplicado apenas nos contratos por prazo indeterminado.

4.1 O entendimento após a modificação do inciso III da Súmula 244 do TST

Para uma melhor análise da questão, faz-se necessário, visualizar o que mudou no texto da súmula. Senão vejamos.

Como era:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT).
> II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

> III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Como ficou a alteração do inciso III:

> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Verifica-se que no texto anterior a trabalhadora gestante tinha direito à estabilidade provisória, mesmo que o empregador desconhecesse o estado de gravidez, contudo, a redação do seu inciso III determinava que caso a trabalhadora gestante estivesse em contrato de experiência, ou seja, tendo data fixada para o término do contrato, esta não teria o direito à estabilidade provisória, uma vez que o fato de ter data antecipadamente pré-fixada a expirar afastaria a arbitrariedade da dispensa.

E assim seguiu piamente e jurisprudência do TST, senão vejamos um exemplo:

> “RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. -Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa-. Inteligência da Súmula 244, III, do TST. Recurso de revista conhecido e provido.”
> (RR - 464-87.2010.5.04.0373, Rel Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ: 11/10/2011, 3ª Turma, DP: DEJT 21/10/2011)

Conforme elucida Bruno Klippel:

> “(...) a idéia deve ser aplicada a qualquer espécie desses contratos, pois a predeterminação do prazo já torna a dispensa totalmente lícita, pois quando da contratação a empregada já sabia da data de seu término. Assim, sabia que, independentemente da superveniência de gravidez, o vínculo trabalhista terminaria em uma data certa. (KLIPPEL, 2013, p. 312/315)

No entendimento da eminente Maria Inês Moura S. A. da Cunha, em sua obra Direito do Trabalho realizado em 2009, vai mais além discorrendo:

> "Anoto que tal garantia não se aplica às mulheres que tenham sido contratadas por prazo determinado, e isso inclusive por total incompatibilidade entre os institutos. Não se mostra razoável que o empregador em tal hipótese se veja constrangido a manter em seus quadros empregada que foi contratada a termo certo ou que não foi aprovada em período de experiência, visto que tal implicaria ingerência em seu poder diretivo. Ademais, o acordo de vontades já estabelecia o termo certo, de sorte que nada autorizaria sua prorrogação sem igual ajuste." (CUNHA, 2009, pág. 205)

E tal questão não se restringia apenas ao contrato de experiência, calcando-se aos demais tipos de contrato por prazo determinado, ante a exposição do inciso III da súmula relatar sobre o conhecimento do término do prazo do contrato, e ainda persiste por não expor diretamente menção ao trabalho temporário, ocorrendo ainda hoje com a mudança da súmula decisões conflituosas.

> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. A estabilidade a que alude a Súmula 224 do TST diz respeito a contrato por prazo determinado e, não, a contrato de trabalho temporário. Recurso não provido.
> (TRT-2 - RO: 00032777620135020005, Relator: MARGOTH GIACOMAZZI MARTINS, DJ: 03/03/2015, 3ª TURMA, DP: 10/03/2015)

Desta feita com o passar dos anos, e apesar da jurisprudência ser pacífica no sentido de que a empregada gestante com prazo determinado não tinha direito à estabilidade, começou a surgir alguns julgados com entendimento no sentido contrário, e desta forma iniciou-se o debate de que a proteção constitucional é para as gestantes e para o nascituro, que o objetivo mister da estabilidade é de proteger a saúde e dar assistência e segundo a égide deste pensamento, e com a nova interpretação dada ao art. 10, inciso II, alínea 'b' do ADCT/88, houve a alteração na súmula do TST.

Assim também sendo julgada procedente a estabilidade da gestante no contrato temporário.

> RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a estabilidade gestante prevista no artigo 10, II, b, do ADCT contempla os contratos temporários (Súmula nº 244, III, do TST). Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 21968820135020071, Relator: Emmanoel Pereira, DJ: 04/02/2015, 5ª Turma, DP: DEJT 20/02/2015)
>
> RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. 1. O debate em torno da diferença do contrato de trabalho temporário em relação ao contrato por prazo determinado ou

> indeterminado não tem lugar quando se trata do direito constitucionalmente garantido à estabilidade provisória da gestante, que deve alcançar todas as situações congêneres. 2. Destaque-se que o contrato temporário assim o é para a empresa tomadora dos serviços, que tem seu regulamento na Lei nº 6.019/74, mas para a empresa que fornece a mão de obra, firmado com seus empregados é regido pela CLT. 3. Esta Corte já caminhou firme ao indicar que, mesmo nos contratos por prazo determinado, no qual a empregada saberia de antecipadamente a data da rescisão contratual, a estabilidade gestante está garantida. E mais, no contrato de experiência, espécie de contrato por prazo determinado, a estabilidade é reconhecida. Inteligência da Súmula nº 244, III, do TST. 4. Da mesma forma, não há como se afastar tal entendimento sumular em relação à modalidade prevista na mencionada lei, pois a garantia constitucional abrange as trabalhadoras e não faz distinção quanto à modalidade pactuada. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 14525820125120004, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, DJ: 04/06/2014, 7ª Turma, DP: DEJT 06/06/2014)

Tudo com vistas a proteger e salvaguardar a mulher e sua prole, além de atender ao princípio da aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a matéria apresentada, percebeu-se que a estabilidade busca trazer garantia ao trabalhador de que não será dispensado de forma imotivada, e mais abarcando esta segurança a gestante, conforme prevê o artigo 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal, determinando que a estabilidade aconteça a partir da confirmação da gravidez e estenda-se até cinco meses após o parto.

Entretanto, a análise do referido tema sempre trouxe divergências nas interpretações das normas legais, assim na doutrina como na jurisprudência de nossos Tribunais.

Com isto, o Tribunal Superior do Trabalho tentando orientar as decisões em questões análogas, fixou a Súmula 244. No entanto, como vimos a matéria não ficou inerte de interpretações, tendo ainda doutrinadores de direito divergindo do entendimento, tendo em vista, segundo eles, que o entendimento sumulado se contrapõe com o direito a proteção da vida, com respaldo no princípio da proteção a maternidade e ao nascituro, sem esquecer que o art. 10, inciso II, alínea ‘b’ do ADCT não restringe a sua aplicabilidade a determinados tipos de contratos, ou que este seja aplicado apenas nos contratos por prazo indeterminado.

Assim chegando novamente a matéria a julgamento do Supremo Tribunal Federal, a cargo do Ministro Celso de Melo, onde iniciou-se a mudança do

entendimento da súmula, fixando a desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez (teoria objetiva), bem como estendendo a garantia aos ocupantes de cargo em comissão ou em função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado.

Então ocorrendo a alteração da Súmula 244 do TST em 14.09.2012, ampliando a garantia da estabilidade as gestantes.

Contudo, como se constatou mesmo com a alteração da súmula, em virtude desta não prever expressamente menção ao trabalho temporário, ainda hoje há entendimentos firmados pelos Tribunais que reneguem este direito as trabalhadoras nesta condição.

Ademais, com a devida vênia, se este entendimento perdurar o que se verificará é um retrocesso das conquistas adquiridas pelas mulheres, além disto, o artigo 10, II, b, do ADCT da CF/88 não limita a quais tipos de relações de trabalho estariam abarcados este beneficio, então não cabendo boicotá-los, bem como o novo entendimento da súmula 244 do TST não faz restrição quanto à concessão da licença maternidade às empregadas contratadas por contrato temporário, até mesmo porque, como visto, o trabalho temporário é um dos tipos de contrato de trabalho por prazo determinado, deste modo é perfeitamente possível o benefício às empregadas contratadas nos moldes da Lei 6.019/74.

Neste aspecto buscou-se trazer de forma pontual e brevemente todos os institutos ligados ao tema, desde o seu conceito, previsões legais, até se chegar ao instituto propriamente dito da estabilidade da gestante, sendo expostas as formas de contrato de trabalho, focando no trabalho temporário, as divergências quanto à necessidade ou não da comunicação prévia do estado gravídico, teoria objetiva ou subjetiva a ser aplicada e suas consequências, ainda abordando o entendimento jurisprudencial anteriormente fixado, e as mudanças deste entendimento, até se chegar ao novo enunciado da súmula e mesmo assim ainda persistirem divergências jurisprudenciais.

Denotou-se, por fim, que o intuito maior da norma constitucional e dos seus princípios, é salvaguardar o direito a proteção da vida e a maternidade, motivo pelo qual não há como subsistir o entendimento pelo indeferimento da estabilidade provisória as trabalhadoras contratadas através de contrato de trabalho temporário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial n. 191-A. 1988.

BRASIL, **Decreto-Lei N.º 5.452**, de 1 maio de 1943.

BRASIL, **Lei N.º 6.019**, de 3 de janeiro 1974.

CARRION, Valentin, **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – Legislação Complementar Jurisprudência** – São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Maria Inês Moura S.A. da, **Direito do Trabalho** – 5. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

DICIO, **Dicionário Online de Português**, 2015.

KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular Esquematizado – TST**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENEZIANO, André Horta, **Direito e processo do trabalho**, 6 – 3. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O *COMPLIANCE* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

COMPLIANCE IN THE PUBLIC ADMINISTRATION OF THE BRAZILIAN ARMED FORCES

Flávia Jeanne Ferrari[1]

Douglas Angelo Ferrari[2]

Priscila Luciene Santos de Lima[3]

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar o *compliance* por meio dos códigos de conduta no âmbito Forças Armadas Brasileiras, enquanto Administração Pública nacional. A temática justifica-se diante da imprescindível necessidade das instituições não só privadas, mas principalmente de interesse público demonstrem programas de gestão de riscos e de anticorrupção em suas governanças, a fim de otimizar a sua credibilidade e exemplo diante da sociedade. O trabalho busca analisar quais são os códigos de conduta do servidor público brasileiro, com especial enfoque para as Forças Armadas, e as respectivas práticas de *compliance* dentro desta instituição pública. Para tal, desenvolve-se uma pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico amparada na legislação vigente, nas normas internas institucionais, além da literatura referente ao tema abordado. Observou-se que as Forças Armadas Brasileiras, no contexto de seus princípios e valores, demonstra ser um ambiente bastante favorável à introdução do *compliance*.

Palavras-Chave: Administração Pública. *Compliance*. Forças Armadas Brasileiras. Programas de Integridade.

Abstract: The objective of this study is to analyze compliance through codes of conduct within the Brazilian Armed Forces, as a national Public Administration. The theme is justified by the essential need for institutions, not only private, but mainly of public interest, to demonstrate risk management and anti-corruption programs in their governance, in order to optimize their credibility and example in society. The work seeks to analyze which are the codes of conduct of the Brazilian public servant, with special focus on the Armed Forces, and the respective compliance practices within this

[1] Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Professora Universitária. Professora Conteudista. Professora de pós graduação. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>.

[2] Possui graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (2017), especialização em Direito público pela Faculdade Legale(2020), especialização em Segurança pública pela FACULDADE UNINA(2020) e especialização em Direito Penal e Processo Penal pela FACULDADE UNINA(2022). Atualmente é Policial Militar da Policia Militar do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>.

[3] Realizando estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Pós Doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora na Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. E-mail: pritysantoslima@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866>

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

public institution. To this end, a research with a qualitative approach is carried out, with a bibliographic procedure supported by current legislation, institutional internal norms, in addition to the literature related to the topic addressed. It was observed that the Brazilian Armed Forces, in the context of their principles and values, prove to be a very favorable environment for the introduction of compliance.

Keywords: Public Administration. Compliance. Brazilian Armed Forces. Integrity Programs.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública é considerada um instrumento neutro do governo que trata de executar ações com o fim de atender os interesses da coletividade. Por definição, a administração determina ações para alcançar um objetivo previamente definido. Trata-se de ações conjuntas e hierarquizadas que buscam atingir um determinado bem comum.

Além da organização de atividade e ações estratégicas, a administração pública há de tratar da gestão dos recursos disponíveis, de modo a direcioná-los adequadamente a objetivos e necessidades específicos da população.

Nesse âmbito de gerir recursos para um bem comum, Moreira Neto explica que a administração pública se compõe de cinco elementos que, quando bem articulados, promovem uma boa administração.

Paludo complementa que tais elementos são:

> [...] atividades, pessoas, recursos, objetivos e interesses. Por (1) atividades, deve-se entender a de planejamento, a de decisão, a de execução e a de acompanhamento de atos racionalmente articulados atingirem o resultado planejado; (2) as pessoas são os indivíduos ou entes de qualquer natureza que manifestam a vontade geradora das atividades desenvolvidas; (3) os recursos são os bens e serviços a serem empregados para a realização das atividades; (4) os objetivos são alterações que essas atividades deverão introduzir na realidade para que, em consequência; (5) os interesses, que constituem as finalidades da ação administrativa a serem satisfeitas, uma vez alcançados os seus resultados.

Desse modo, a Administração Pública depende da qualidade de cada um desses elementos e da efetividade da relação entre eles, sendo cabível ainda especificar mais a fundo cada um. As ditas atividades são as ações e funções a serem executadas pelo Estado, embasado em seu direito e nas normas vigentes.

As pessoas são os indivíduos a quem são destinadas o desenvolvimento das supracitadas funções. Essas pessoas podem responder a setores públicos ou privados, tendo suas próprias competências e responsabilidades definidas.

Ao passo que os recursos podem ser dos mais diversos tipos, inclusive financeiros. Esses recursos devem ser corretamente destinados e aplicados na execução das atividades determinadas pelo Estado, tendo em vista o bem público, uma vez que tais recursos são também de origem pública.

Os objetivos citados são justamente os direitos e deveres constitucionalmente garantidos por lei, os quais dizem respeito, numa esfera mais ampla, aos interesses coletivos.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, determina que “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”. Esses são os princípios que devem reger as atividades da administração pública, salvaguardando a mesma de atos venais.

Visto dessa maneira, nota-se que a Administração Pública pode ser composta por órgãos estritamente do Governo e que prestam serviços ou executam funções de competência estatal ao mesmo. Nesse sentido, pode-se definir uma administração direta e indireta.

O primeiro caso pode ser definido da seguinte maneira, conforme Paludo:

> [...] compreende as competências e serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, assim como os órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União. A Administração direta é composta pelos próprios órgãos dos poderes que compõem as pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade política ou administrativa. São os órgãos da Presidência da República (13), os Ministérios (24), a Advocacia-Geral da União, a Câmara Federal, o Senado, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais do Poder Judiciário e o Ministério Público da União. Esses órgãos não possuem personalidade jurídica própria e pertencem ao ente público maior (União, Estados, Municípios).

Esse tipo de administração desenvolve suas atividades através de órgãos desprovidos de capacidade jurídica, as que são conjuntos de competências relacionadas a determinada entidade estatal.

Por sua vez, a administração indireta:

> [...] é composta, exclusivamente, por pessoas administrativas; é constituída por entidades de Direito Público e Privado. Todas têm personalidade jurídica própria e autonomia, e agem por outorga do serviço ou pela delegação da execução. As entidades da Administração indireta exercem de forma descentralizada as atividades administrativas ou exploram atividade econômica, e encontram-se vinculadas aos órgãos da Administração direta (ao Ministério correspondente).

Paludo segue no sentido que, quando ocorre de tais entidades administrativas fornecerem serviços de cunho público ou que dizem respeito aos interesses públicos, as mesmas recebem a denominação de fundações ou autarquias. Também se enquadram nesses casos de administração as empresas estatais, consórcios públicos e sociedades de economia do tipo mista.

2. DESVIOS DE CONDUTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alheio ao que determina a Constituição Federal de 1988 a respeito da conduta na Administração Pública, não é raro, antes freqüente, a ocorrência de casos de corrupção em todos os setores públicos, no que tange a gestores de estatais e em demais cargos hierárquicos.

Esses casos geram desvios e desperdícios de bens e recursos públicos em toda a esfera administrativa. Essas ocorrências têm minado e comprometido obras, ações e serviços de bem e interesse público do país, prejudicando a coletividade.

Embora o termo corrupção englobe diversas formas de definição, valemo-nos aqui da de Bobbio, Matteucci e Pasquino para os quais a corrupção:

> [...] designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual.

Analogamente Zaid, de maneira simples e direta coloca que “a corrupção consiste em apoderar-se de um poder cedido, em usá-lo como se fora propriedade sua”.

Ora, as funções administrativas estatais não são propriedades do gestor público. Antes, este último ocupa temporariamente um cargo cuja principal função é servir ao interesse público e gerir seus recursos de maneira transparente e íntegra com os preceitos legais.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Logo, agir em desacordo com esses princípios fere não somente a legislação, mas o direito de toda a coletividade, uma vez que prejudica serviços e ações dos quais todos devem ter acesso e usufruir.

Nesse contexto, há de se considerar que o setor administrativo e mesmo o empresarial mostram-se campos muito dinâmicos, compostos de relações interpessoais, níveis de responsabilidade, poder e hierarquias de cargos. Nesse cenário é comum que os indivíduos se encontrem suscetíveis a desvios de conduta.

A respeito destes desvios de conduta, Medeiros Netto, ainda complementa que "o homem jamais estará imune. Isto porque as relações empresariais estão intimamente atreladas às relações interpessoais, não raro embasadas em emoções, anseios e fraquezas inerentes a condição de ser humano".

Visto dessa forma, e considerando os enormes prejuízos advindos de tais práticas indevidas, faz-se necessário a utilização de processos e mecanismos anticorrupção nos setores públicos e privados, como forma de educação e punição de atos ilícitos.

3. LEGISLAÇÃO E MECANISMOS ANTICORRUPÇÃO

A nível internacional, há tempos vêm-se desenvolvendo mecanismos anticorrupção nos mais diversos setores, inclusive desde o início do século XX nos Estados Unidos. Já no Brasil, os avanços nessa área são mais tardios, sendo estabelecidos apenas nas últimas décadas.

Assim, foi criada, em 2013, a chamada Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013. Até então no Brasil não havia meios legais de punir pessoas jurídicas em casos evidenciados de corrupção em transações internacionais, como no caso de subornos estrangeiros.

A Lei 12.846/2013, portanto, define as providências acerca de infrações cometidas na administração pública. Em termos, o art. 1º estabelece que a lei "dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira".

Em seu Artigo 5º, a lei ainda define os atos lesivos à administração pública, nos seguintes termos:

> I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

> II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
> III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
> IV - no tocante a licitações e contratos [...]
> V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Dessa forma, a Lei 12.846/2013 veio a complementar normas já existentes, como a Lei 6.385/76 que trata do Mercado de Valores no ramo Mobiliário, a Lei 8.666/93 que trata de Licitações e a Lei 8.884/94 que trata da proteção da Ordem Econômica.

No âmbito dos mecanismos anticorrupção, existem outros recursos além das normas propriamente ditas, ou seja, agências reguladoras, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica –CADE que controla ações e determina sanções para a livre concorrência do mercado e o *compliance*, as quais, além de serem um meio de prevenir atos infracionais no setor administrativo, também determinam punições e restrições a empresas e instituições que já tenham causado prejuízos ao recurso e interesses público.

4. O *COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os casos de corrupção no Brasil não são novidade e parecem multiplicar-se a cada dia tanto no setor público quanto no privado. Atos infracionais como subornos, troca de favores e desvios de verbas vem minando recursos e denegrindo a imagem das empresas e da Administração Pública.

Em decorrência disso, há imensuráveis danos a população, principalmente nos casos de corrupção no setor público, uma vez que os recursos que deviam ser investidos para a melhoria do atendimento e serviços prestados aos cidadãos acabam por serem desviados para interesses pessoais ou de outras organizações, comprometendo a eficiência e a integridade de todas as atividades da instituição.

Nesse contexto, para pensar o *compliance* como mecanismo preventivo na administração pública, é interessante entende-lo, antes de tudo como um comportamento e não somente exigências por si só. Trata-se de uma cultura de procedimentos movidos pela idoneidade, transparência e responsabilidade. Não se

trata dos membros esperarem ações da instituição, mas sim de cada membro ter consciência de suas ações e ser proativo dentro das suas possibilidades.

No setor da administração pública brasileira, o Tribunal de Contas da União – TCU atua no sentido de estimular a implementação do *compliance*, fortalecendo assim a fiscalização, o controle e aprimoramento dos serviços públicos, principalmente nos casos que envolvem contratos.

4.1 *Compliance* na Administração Pública

Como visto, o *compliance*, se bem aplicado, pode constituir um mecanismo muito eficiente no que diz respeito ao combate a corrupção, pois trata-se de um programa interno da empresa, onde cada membro torna-se responsável por fiscalizar as ações, permitindo a instituição corrigir as infrações muito antes que as mesmas causem maiores danos a empresa, aos sócios e ao interesse público.

Nesse sentido, Assis salienta a importância de a instituição disponibilizar aos seus colaboradores canais e meios para que os mesmos possam comunicar atos infratores e ilícitos que venham a ocorrer. É fundamental permitir que as denúncias e comunicações possam ser feitas de maneira anônima.

Além disso, ao tratar de suas questões internas com transparência e ética, a empresa passa a construir uma autoimagem de segurança e confiabilidade para o mercado, investidores e cidadãos quando adota e pratica o *compliance* no seu cotidiano.

De acordo com Ferreira e Bertoncini, ao estabelecer um Programa de *Compliance*:

> A missão, visão e valores da empresa ganham destaque na seara [...] agregando valor à marca e atraindo investimentos por conta da transparência maximizada. Seu objetivo não é o de reprimir comportamentos desviados, mas de preveni-los e, quando já ocorridos, remediar os efeitos danosos de tanto. Portanto, *compliance* se faz a cada dia, todos os dias, diferentemente da simples auditoria interna que se dá por amostragem, em casos específicos ou por ciclos.

Assim, um programa de *compliance* bem estruturado pode promover e incentivar ações coletivas para a clareza nos processos da instituição, na prestação de contas e na transparência de suas funções ao público, ao Estado e aos seus próprios colaboradores.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Mesmo que as definições apresentadas anteriormente façam alusão ao setor privado, o *compliance* é altamente moldável aos mais diversos contextos, sendo inclusive aplicável e interessante ao setor da Administração Pública.

Porém, há de se considerar todos os efeitos decorrentes da implementação de um programa de *compliance* no setor público. Um dos principais aspectos a se considerar é os trâmites burocráticos já existentes. Nesse caso, o *compliance* poderia vir a engessar ainda mais os procedimentos da administração pública, comprometendo, em decorrência, toda a eficiência e fluidez do setor.

Assim, ao estabelecer o *compliance* no setor público, é preciso que suas ações estejam pautadas na simplificação e no incentivo de valores éticos entre os servidores, sem cair no erro de burocratizar ainda mais a administração com normas extras.

Logo, também se tem de estabelecer uma atenção maior com a eficiência da Administração Pública, prescrevendo ao programa de *compliance* a atenção também com os fins ou objetivos do trabalho público. Ou seja, atentar-se para garantir que os interesses públicos sejam atendidos em conformidade com as funções de cada instituição.

Dentro da administração pública nacional, destaca-se o Exército Brasileiro, que por sua vez criou o Sistema Defesa, Indústria e Academia de Inovação - SISDIA, por intermédio do Departamento de Ciência e Tecnologia, com a abrangência em todo o território nacional. Esse setor objetiva desenvolver a cooperação entre as instâncias governamentais de todos os níveis, para a base industrial brasileira e as universidades, visando sempre a transparência e evolução como administração pública.

4.2 O *Compliance* e o Ministério Público da União e Militar

O Estado do Paraná, por exemplo, por intermédio da “CGE – Controladoria Geral do Estado – será a responsável por estabelecer as diretrizes para a implementação do Programa Estadual de Integridade e *Compliance* no Estado do Paraná”.

> Com a aplicação da metodologia de *compliance*, o Governo do Paraná vai aumentar a transparência de suas ações, aprimorar o combate à corrupção e garantir uma gestão eficiente e confiável dos recursos públicos. Mecanismos passarão a fazer parte do dia a dia do Estado para permitir punição de agentes públicos que promovam ações ilícitas ou sejam coniventes com elas.

> No processo de implementação do programa e análise nos órgãos do Estado do Paraná, será identificado e classificado eventuais riscos de cada setor. O Controle Interno terá um papel fundamental para o desenho dos processos e procedimentos adotados para os apontamentos. Em uma nova fase, será elaborado um Código de Ética e Conduta específico para cada secretaria ou órgão. Ferramentas de comunicação e treinamento serão desenvolvidas quando necessário. A Ouvidoria também será um canal primordial como receptor de denúncias dos servidores.

O Estado do Paraná inovou e inaugurou com a instalação do Programa de *Compliance*, o que mostra que a Administração Pública, passa a se ocupar de meios mais eficientes, nos termos do art. 37, CF, o que visa a boa governança.

Além dessa postura ativa do Governo do Paraná, essa atenção a meios de combate à corrupção e/ou formas de implementação de Códigos de Conduta, o Ministério Público da União e o Ministério Público Militar, por intermédio da Portaria nº. 145 /PGJM, de 07 de agosto de 2020, em seu art. 1º, definem que:

> Art. 1º Fica instituído o Observatório do Ministério Público Militar para o Enfrentamento da Corrupção, de caráter nacional e permanente, com atribuições direcionadas à transparência, identificação de vulnerabilidades, levantamento de dados, elaboração de estudos e consolidação de estatísticas, incentivo à denúncia de irregularidades e estruturação de medidas judiciais e extrajudiciais voltadas à prevenção, detecção e repressão dos atos de corrupção dentro das organizações militares, bem como à indução de políticas públicas no âmbito das Forças Armadas.

Merece destaque o Programa de Integridade e *Compliance* do ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, elaborado em 2018, com a seguinte definição:

> O "*Compliance*" significa literalmente o cumprimento de leis e regras e, com a inserção do mecanismo da Integridade ao seu sistema, seu conceito se expande para alcançar a ÉTICA, estabelecendo uma cultura de se fazer o certo em toda a corporação.
> A "Integridade", por sua vez, é a forma mais efetiva, no ambiente corporativo, para o combate à corrupção,fraudes e demais ilicitudes contra a Administração Pública. Baseia-se em três pilares de sustentação:prevenção, detecção e correção. E, para o seu real funcionamento prático faz-se necessário o envolvimento amplo dos gestores, comunicação, transparência, treinamento para a força de trabalho, canal de denúncia efetivo, processo de apuração e políticas contínuas de boas práticas.

Tais exemplos, COPEL, Estado do Paraná (Distrito Federal também) e Ministério Público da União e Militar, são exemplos de que o Programa de *Compliance* são mecanismos em ascensão também no setor público.

Depreende-se do exposto que o Programa de *Compliance* está vinculado ao ideal de ética, código de conduta com base em valores e, embora possa se alegar ter

viés subjetivo, o Ordenamento Jurídico brasileiro possui valores definidos, p.ex. art. 170, CF, caput, justiça social.

Seja a ética na administração pública, seja no setor privado, deve ser observada, o que vem sendo implementada por via do Programa de *Compliance*. Assim, é possível correlacionar Ética e *Compliance*, e se de um lado já foi conceituada a segunda expressão, a primeira merece breve definição a fim de contribuir com a pesquisa.

Nesse sentido, a palavra ética vem do grego ethos, que significa caráter ou princípios que norteiam uma cultura, comunidade ou um grupo. Ethos também pode ser empregado no âmbito pessoal, como as características da personalidade de um indivíduo que distinguem suas ações como correta e justas ou incorretas ou injustas (LACKBURN, 1997).

Ora, aquela dinamicidade e complexidade já explorada, seja na relação de direito material, seja na processual, ela reivindica o comportamento ético, e por isso, a Administração Pública, tanto quanto o setor privado, precisam de um Código de Conduta.

A empresa ética é aquela onde os empregados são motivados naturalmente a se comportarem de modo ético no trabalho porque as pessoas tornam-se hábeis em levar em conta os interesses de todas as partes afetadas por decisão ou ação (AGUILAR, 1996).

Nas palavras de Elizete Passos (2004, p. 21):

> Nossa sociedade vive na atualidade uma redescoberta da ética. Há exigência de valores morais em todas as instâncias sociais, sejam elas científicas, políticas ou econômicas. Certamente essa situação se dá por acaso; basta observarmos que ela surge no mesmo momento em que a sociedade passa por uma grave crise de valores, identificada pelo senso comum como falta de decoro, de respeito pelos outros e de limites e, pelos estudiosos, como dificuldades de os indivíduos internalizarem normais morais, respeito às leis e regras sociais.

A ética, portanto, passa a ser uma reivindicação, não que visa formalizar um padrão de conduta, mas, além disso, um modelo de comportamento, um código de conduta.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Vale ressaltar que o *compliance* pode ser utilizado também no âmbito da administração pública indireta, o que é representado/positivado na Lei nº. 13.303/2016, (Estatuto das Estatais), fixando no art. 9º regras de boa governança[4].

O destaque dado à Lei das estatais facilita a compreensão de que o *Compliance* deixa de ser algo do plano ideológico e passa a ser normatizado/positivado. Não se trata de mero capricho da empresa, ganha relevo normativo, de modo, portanto, vinculativo, o que implica em afirmar que não há espaço para a discricionariedade do gestor em implantar ou não medidas de boa governança em sua estrutura.

Essa afirmação é ressaltada, em âmbito da administração pública, também pela Lei nº. 13.848/2019, denominada a nova lei das agências reguladoras, que estabelece em seu art. 3º, §3º:

> §3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

[4] Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;
III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.
§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:
I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;
II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.
§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.
§ 3º A auditoria interna deverá:
I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;
II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.
§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

São inúmeros os regulamentos que contemporaneamente dedica-se à boa gestão/governança, independentemente se é fruto das constatações de corrupção, o fato é que além de repelir e/ou inibir atos dessa natureza ilícita, ela amplia para a compreensão ética e moral das condutas, motivando e induzindo comportamentos íntegros.

Por fim, destaca-se a Portaria nº. 1.089/2018, que "Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade".

A referida Portaria apresenta algumas considerações a respeito do que se considera Programa de Integridade e Riscos para a integridade.

> Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:
> I - Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção, em apoio à boa governança; e
> II - Riscos para a integridade: riscos que configurem ações ou omissões que possam favorecer a ocorrência de fraudes ou atos de corrupção.
> Parágrafo único. Os riscos para a integridade podem ser causa, evento ou consequência de outros riscos, tais como financeiros, operacionais ou de imagem.

O inciso dois é de redação curiosa, vez que apresenta o elemento de "Risco" para a integridade, conceituado como sendo aqueles que "configurem ações ou omissões que possam favorecer a ocorrência de fraudes ou atos de corrupção".

O que chama atenção é o fato da expressão risco, vez que envolvendo administração pública – direta ou indireta -, estar-se-á diante da situação de responsabilidade objetiva ou subjetiva, o que se resgata conceitos do próprio Direito Civil.

O Código Civil de 2002, conforme apresentado, adota a teoria do risco criado, que permite as circunstâncias exclusivas, imprevisíveis ou de força maior, culpa exclusiva da vítima, nos casos em que o dano não resulte diretamente da atividade econômica do empregador, diferente da teoria do risco integral que não admite excludentes.

Consoante a teoria do risco, a lei exige que, sob certas circunstâncias, a obrigação de reparar o dano independe do fator subjetivo culpa. Neste caso, simplesmente devem estar presentes o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade objetiva do agente.

Acerca da teoria do risco criado, analisemos a elucidação de Silvio Venosa:

> Com isso, a jurisprudência, atendendo a necessidade prementes da vida social, ampliou o conceito de culpa. Daí ganhar espaço o conceito de responsabilidade sem culpa. As noções de risco e garantia ganham força para substituir a culpa. No final do século XIX, surgem as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco. Sob esse prisma, quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício.
> [...]
> A explicação dessa teoria justifica-se também sob o título risco profissional. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho. Outros lembram do risco excepcional: o dever de indenizar surge de atividade que acarreta excepcional risco, como é o caso da transmissão de energia elétrica, exploração de energia nuclear, transporte de explosivos etc. Sob a denominação risco criado, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo. Esse, aliás, deve ser o denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto segundo o art. 927, parágrafo único, qual seja, a criação de um perigo para terceiros em geral.

A 1ª Jornada de Direito Civil, aprovou diretriz promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, que indica um critério para verificar os riscos da responsabilidade civil objetiva:

> Enunciado 38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

O entendimento jurisprudencial trabalhista avança favoravelmente nesse sentido, como pode-se observar da seguinte decisão:

> ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. DANO DECORRENTE DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. DEVER DE INDENIZAR, INDEPENDENTE DE DOLO OU CULPA. RECONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 225, § 3º, CF E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa Brasileira (art. 1º, CF). Traduz-se, em essência, na necessidade de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo quando trabalhador, destinatário de maior
> (TRT-15 - RO: 21817 SP 021817/2009, Relator: LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA, Data de Publicação: 24/04/2009)

Por fim, considerando-se que o inciso XXVIII, do art. 7º, da Constituição Federal admitiu o parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, contemplado no caput do art.

7º, da Carta Maior, entende-se por aplicável a responsabilidade objetiva do empregador, como resultado de acidentes em atividades de risco. Naturalmente, o parágrafo único do art. 927, do CC não assente que a teoria do risco foi aceita de forma integral e que seja suficiente a qualquer risco.

5. *COMPLIANCE* E AS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

Tal como abordado, a corrupção e outros atos ilícitos prejudicam o funcionamento e a imagem da máquina pública, minando os serviços prestados e sua autoridade junto ao contexto social.

Nesse sentido, as Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), enquanto parte da administração pública, também está sujeitas a desvios de conduta e casos de corrupção, sendo estes igualmente prejudiciais a todas as esferas da sociedade, além de denegrir a autoridade e a imagem das instituições como um todo.

Deste modo, é conveniente observar os códigos de conduta e normativas que regem as ações as Forças Armadas e da administração pública, no que diz respeito ao combate a corrupção, bem como observar quais as práticas de *compliance*são adotadas – ou não – pelas Forças Armadas, como forma de coibir atos fraudulentos e ilegais entre os membros da instituição.

5.1 As Forças Armadas Brasileiras: princípios de ética e conduta

O artigo 142, do 2º Capítulo da Constituição Federal de 1988, define as Forças Armadas, e determina suas funções mais fundamentais, conforme segue:

> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Posto isso, o Decreto nº 98.820, de 12 de janeiro de 1990 estabelece o Regulamento de Administração do Exército – RAE, regulamento que deixa claro que a administração do Exército Brasileiro “é parte integrante da Administração Federal”, sendo a instituição do Exército, portando, subordinada à administração pública, conforme as normas vigentes.

No Brasil, a formação de tropas destinadas aos mais diversos fins e conflitos remete desde o período da colonização do território, época na qual era comum a tentativa de invasões das terras por outros povos.

As Forças Armadas, cuja presença se dá não somente em períodos conflituosos, mas também se observa em missões de auxílio a comunidades isoladas, trabalhos de subsídio, além de fornecerem apoio constante para o adequado funcionamento da administração pública nacional.

Quanto a conduta exigida dos que ingressamn as Forças Armadas, tem-se alguns regulamentos específicos que tratam deste aspecto. O primeiro deles é o chamado Estatuto dos Militares, estabelecido pela Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

O artigo 27 da referida lei trata dos valores militares, sendo eles:

> I - patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;
> II - o civismo e o culto das tradições históricas;
> III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;
> IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;
> V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e VI - o aprimoramento técnico-profissional (BRASIL, 1980).

Já o artigo 28, traz todos os preceitos da ética militar, tendo em vista uma conduta moral e profissional irrepreensível a todo membro da instituição militar. Entre tais preceitos, pode-se destacar, sucintamente: respeito à dignidade humana; obediência e cumprimento à legislação, regulamentos e instruções de autoridades e superiores; justiça e imparcialidade; apreço pela verdade e pela responsabilidade; promover cooperação; garantir decoro militar, respeito e disciplina mesmo em inatividade e zelar pela boa imagem das Forças Armadas e de seus integrantes através da observância dos princípios da ética militar.

No contexto do presente estudo, cabe especial destaque aos § 17 e 18, artigo 28, da Lei nº 6.880/80:

> XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;
> XVIII - abster-se, na inatividade, do uso das designações hierárquicas:
> a) em atividades político-partidárias;
> b) em atividades comerciais;
> c) em atividades industriais;

> d) para discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizado; e
> e) no exercício de cargo ou função de natureza civil, mesmo que seja da Administração Pública [...].

Deste modo, o Estatuto dos Militares já previa determinações contra a utilização das atribuições, cargos e poderes concedidos aos mais diversos membros das Forças Armadas para fins divergentes do ideal, além de estabelecer princípios semelhantes com os de *compliance*, mesmo sendo este conceito internacionalmente difundido após ao estatuto em questão.

A respeito de tais princípios, o art. 31 do referido estatuto é ainda mais específico acerca dos deveres militares, os quais são:

> I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;
> II - o culto aos Símbolos Nacionais;
> III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
> IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
> V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
> VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

De modo mais intrínseco a instituição, há o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais – RISG, que prescreve tudo o que diz respeito a vida e convivência interna dos componentes do Exército, estabelecendo todas as normas, funções, responsabilidades e atribuições específicas de cada integrante da instituição.

No ambito Exército Brasileiro, o intuito de reforçar os preceitos já estabelecidos nas normas legais, além de consolidar os valores militares dispostos no Estatuto dos Militares, foi publicada em 23 de abril de 2002 a Portaria nº 156, que aprovou o chamado *Vade-Mécum* de Cerimonial Militar do Exército: Valores, Deveres e Ética Militares – VM 10.

Tal documento abarca todos os princípios e valores preestabelecidos para os membros das Forças Armadas, definindo cada item, bem como determinando sanções e punições possíveis em caso de transgressão de qualquer norma vigente. Ao reproduzir os preceitos da ética militar (que tratam da conduta do militar dentro e fora da instituição), o VM 10 destaca que[5]:

[5] MINISTÉRIO DA DEFESA. Exército Brasileiro. Secretaria Geral do Exército. Comissão de Cerimonial Militar do Exército. **Portaria nº 156, de 23 de abril de 2002**. Aprova o Vade Mécum de Cerimonial Militar do Exército – Valores Deveres e Ética Militares (VM 10). Disponível em:

> A violação dos Deveres, Valores e Ética Militares constitui, normalmente, crime ou transgressão disciplinar e é fator impeditivo para a concessão das condecorações da Ordem do Mérito Militar, Medalha Militar, Pacificador, Praça Mais Distinta e outras.

Tais determinações visam incentivar práticas éticas, de lealdade, responsabilidade e atuação conforme as determinações legais na instituição por parte dos militares, favorecendo a manutenção da boa índole das Forças Armadas, bem como prevenir danos à administração e ao correto desenvolvimento das funções das Forças Armadas.

De certo modo, todos esses regulamentos e o próprio perfil típico do militar ainda são muito valorizados no Brasil, tanto que as Forças Armadas estão entre as instituições mais confiáveis na opinião da sociedade brasileira.[6]

Apesar disso, é indispensável destacar que essa entidade faz parte de uma administração da esfera pública. Não se tratam de forças que existem e atuam fora do alcance do governo, mas sim em prol de um bem comum e constitucional.

Assim, mesmo que as Forças Armadas ainda estejam entre as instituições com maior nível de confiabilidade junto à população brasileira, não se pode considerar que as mesmas são entidades aquém das normas e leis.

Ao contrário, as Forças Armadas devem se submeter aos mesmos padrões de transparência, legalidade e integridade, dentro das suas possibilidades, e estar em conformidade com o que se espera da instituição dentro da legislação vigente.

Por essa razão torna-se explicita a necessidade de sistemas de controle interno e programas específicos que auxiliem no adequado cumprimento dos preceitos da ética e da integridade militar.

Para demonstrar sua aplicabilidade, as Forças Armadas mantêm canais de atendimento, ou ouvidoria, disponíveis para atender solicitações e manifestações advindas da sociedade brasileira. Os canais buscam permitir o acesso de toda a população através de mídias sociais, *e-mail*, telefone e *site*, estando estes meios disponíveis para denúncias, solicitações diversas, reclamações, solicitações ou elogios.

<http://www.eb.mil.br/documents/10138/6563889/Vade+Mécum+Valores.pdf/f62fb2bb-b412-46fd-bda0-da5ad511c3f0>. Acesso em 5 fev 2023.

[6] Conforme tendência demonstrada em pesquisas de opinião pública realizadas de 2008 até 2020 (RUSSO, 2020).

Outro mecanismo importante vinculado ao programa de integridade das Forças Armadas são os chamados Instrumentos de Apuração de Irregularidades. Tais instrumentos são incumbidos de verificar informações advindas de denúncias anônimas recebidas através dos canais de atendimento e de apurar as possíveis irregularidades. Em caso de constatação de irregularidades a partir da denúncia recebida, é instaurado um inquérito policial militar, processo administrativo ou sindicância, conforme o que for mais adequado a cada situação. Neste caso, o órgão também determinará a punição no âmbito disciplinar ao transgressor.

Assim, vistos os programas de integridade e códigos de conduta que regem a administração das Forças Armadas, nota-se que o programa de *compliance* vem aos poucos tomando forma na instituição.

Todavia, ao observar os princípios e valores que já regem a conduta dos militares desde o estabelecimento da instituição no Brasil, nota-se que muitos deles são condizentes com alguns dos principais fundamentos do *compliance*.

Um desses princípios é a disciplina, aliada ao apreço pela ética e pela verdade na profissão. Isso porque, para que os programas de *compliance* sejam executados com sucesso e bons resultados – seja em instituições públicas ou privadas – necessita-se de disciplina e comprometimento por parte de todos os membros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *compliance* vem ganhando notoriedade no cenário nacional nos últimos anos, especialmente a partir do desmantelamento de esquemas de corrupção tanto nas esferas públicas quanto privadas, o que revela um problema de proporções e consequências incalculáveis e danosas a toda a nação.

Programas de *compliance* diferenciam-se por estarem relacionados a adesão de um comportamento, um modo de agir: o agir com ética e com integridade.

Nessa perspectiva, as Forças Armadas são firmadas em princípios e valores dentre os quais muitos são condizentes com importantes práticas dos programas de *compliance*, especialmente os empregados em instituições privadas, como o comprometimento com a ética, a verdade, a integridade e a disciplina.

É nesse contexto que as Forças Armadas vem buscando inovar-se também no âmbito da gestão e da governança, integrando em sua administração novos programas de integridade que visam inibir e prevenir desvios de conduta e danos de âmbito moral e material da instituição.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Esse movimento também pode ser visto como parte de uma mudança do próprio Governo Federal, que nos últimos anos tem buscado aprimorar suas instituições, implementando, para tal, uma política de governança da administração pública federal direta, autarquias e fundações, inaugurando um processo de constante e gradual transformação nos órgãos e nas entidades da administração pública.

As Forças Armadas, ao se integrar nesse processo, busca a melhoria na efetividade da gestão dos recursos disponíveis e do bem público. Por essa razão, o mesmo é alvo permanente das orientações emitidas pelos órgãos de controle externo e interno do governo.

O cerne desse processo é a criação e manutenção de valor por meio da aderência aos princípios de boa governança, da definição da estratégia, do gerenciamento dos riscos e da vigilância contínua e cuidadosa do futuro das Forças Armadas, de modo a manter o alto nível de confiabilidade da população junto a entidade militar.

Assim, tendo visto os programas de integridade e códigos de conduta que regem a administração das Forças Armadas, nota-se que o programa de *compliance* e governança pública, vem, aos poucos tomando forma na instituição.

Apesar de esse processo não ser imediato, identifica-se que Forças Armadas dispõem de valores e princípios historicamente conhecidos que também são condizentes e fundamentais dentro de programas de *compliance*.

Inclusive, tais valores, como o senso de responsabilização, lealdade, integridade, disciplina, comprometimento e dedicação, são muito raramente identificados em outras instituições que não as Forças Armadas, sejam elas públicas ou privadas.

Ainda que já conte com alguns sistemas de gestão de riscos e controles internos, a entidade militar pode ter suas atividades elevadas a um patamar de maior precisão, eficiência e qualidade, tanto no setor operacional quanto administrativo através de práticas de *compliance*.

Os estudos realizados permitem perceber que, embora apenas um programa de *compliance* não baste por si só para garantir o bom funcionamento da organização militar, o mesmo traz vantagens que por si só melhoram as relações entre as hierarquias e valorizam todas as atividades realizadas com qualidade – sejam operacionais ou de cunho administrativo.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Com a implementação de práticas de *compliance* no âmbito Forças Armadas, é possível dar continuidade aos valores institucionais ainda hoje tão valorizados pela sociedade, bem como otimizar as atividades realizadas pelas Forças Armadas no cumprimento de sua missão institucional, cumprindo deveres e efetivando direitos.

Além disso, o *compliance* nas Forças Armadas aparenta favorecer uma cultura que incentiva ainda mais o agir com ética, transparência e verdade, integrando assim todos os níveis da instituição, mitigando os espaços para fraudes, maus comportamentos e eventuais processos ou sanções legais contra as Forças Armadas, uma vez que o mesmo está submetido às normas e regras previstas constitucionalmente, tal como qualquer outra entidade da Administração Pública.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Edson Vieira; POPP, Carlyle. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **O Poder Normativo Das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. **Norma anticorrupção e os programas de *compliance* no direito brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social). Universidade de Marília, Marília, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento:** Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. UnB, 1998.

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo; GRANADO, Gustavo Adolfo Rocha. *Compliance* no setor público: necessário; mas suficiente? **Jota**, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/*compliance*-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente-17042017>. Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL. Decreto Nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em 10 fev. 2023.

BRASIL. Decreto Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9571-21-novembro-2018-787332-norma-pe.html>. Acesso em 10 fev. 2023.

BRASIL. Decreto Nº 98.820, de 12 de janeiro de 1990: Aprova o Regulamento de Administração do Exército (RAE) – (R-3). **Diário Oficial da União**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98820.htm>. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Lei Nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. **Diário Oficial da União,** 1980.

BRASIL**.**Portaria Nº 1.089, de 25 de abril de 2018**.** Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018.

BRASIL**.** Resolução nº 16, de 2 de março de 2020.**Diário Oficial da União**: Brasília, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO, Vinicius Marques de; RODRIGUES, Eduardo Frade (Coord.). **Guia para programas de *compliance***. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), jan. 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_-Cade/guia-*compliance*-versao-oficial.pdf>. Acesso em 27 jan. 2023.

CCIEX. **Missão, Visão de Futuro e Valores**. s.d. Disponível em: <http://www.cciex.eb.mil.br/index.php/en/missao-visao-de-futuro-e-valores>. Acesso em: 10 set. 2023.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para programas de *compliance*.** 2018, p. 09. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-*compliance*-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

DE SOUZA NETTO, Antonio Evangelista. A efetivação dos direitos humanos pela atuação ética dos empresários e demais agentes econômicos: boas práticas de governança corporativa e combate à corrupção privada. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87337/a-efetivacao-dos-direitos-humanos-pela-atuacao-etica-dos-empresarios-e-demais-agentes-economicos-boas-praticas-de-governanca-corporativa-e-combate-a-corrupcao-privada/3>. Acesso em: 15 fev. 2023.

DECEX. **Cartilha 2: Valores e ética profissional militar**. Projeto Raízes Valores e Tradições (PRVT), 2018. Disponível em: <http://www.dphcex.eb.mil.br/images/-PRVT/Cartilha-2---VALORES-E-TICA-PROFISSIONAL-MILITARES---A3-Verso-Provisrio.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

FERREIRA, Daniel; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. A importância do controle cidadão nos programas de integridade (*compliance*) das empresas estatais com vistas ao desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 4, n. 45, p.126, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/-RevJur/article/view/1771>. Acesso em 02 agosto de 2023.

FLORES, Heriberto Alzerino. **Maturidade em gestão do conhecimento na administração pública: um estudo na Prefeitura Municipal de São José/SC**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Tecnológico. Programa de Pós-Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento, Florianópolis, 2018.

GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 60, p. 129-147, 2015.

GUERRA, Sidney Cesar Silva; GRANDE GUERRA, Caio Cesar Moraes. A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Actual**, n. 10, p. 245-261, 2018.

GUIMARÃES, Carlus Vinicius de Almeida. **Gestão de *Compliance* no Exército Brasileiro.** Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização de Gestão em Administração Pública) – Escola de Formação Complementar do Exército / Centro Universitário do Sul de Minas (UNIS- MG), Salvador, 2019.

IBGC: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

KNOERR, Fernando Gustavo; MARTINS, José Alberto Monteiro. The contribution of *compliance* practices to the social role of the company. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 44, p. 1-18, 2016.

LAURINDO, José. MARTINS, Gustavo Afonso. Os elementos extrajurídicos nos institutos da repercussão geral e da transcendência exigidos pelos tribunais Superiores. LexMagister. 2020

MEDEIROS NETTO, Lara Pinheiro de. ***Compliance* público:** uma visão crítica. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade Baiana de Direiro, Salvador, 2017.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Exército Brasileiro. **Programa De Integridade do Exército Brasileiro**. 1. ed. 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41707/8/comando_do_exercito.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Exército Brasileiro. Secretaria Geral do Exército. Comissão de Cerimonial Militar do Exército. **Portaria nº 156, de 23 de abril de 2002.** Aprova o *Vade Mécum* de Cerimonial Militar do Exército – Valores Deveres e Ética Militares (VM 10). Disponível em: <http://www.eb.mil.br/documents/-10138/6563889/Vade+Mécum+Valores.pdf/f62fb2bb-b412-46fd-bda0-da5ad511c3f0>. Acesso em: 5 set. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Forense, 2014.

MORETZSOHN, Eugênio. **Os benefícios do *compliance***. Instituto SAGRES – Política e Gestão Estratégica Aplicadas. Disponível em: <http://sagres.org.br/artigos/beneficios_*compliance*.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2023.

PALUDO, Augustinho Vincente. **Administração pública**. Elsevier, 2013.

PASSOS, Elizete. **Ética nas organizações**. São Paulo, Atlas, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Editora Saraiva, 2017.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comercio Internacional e protecionismo**: As barreiras técnicas na OMC. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance* e lei anticorrupção nas empresas.** Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 87-105, 2015.

RUSSO, Guilherme. Rodando os dados: a confiança nos militares. **CEPESP**, 2020. Disponível em: <http://www.cepesp.io/rodando-os-dados-a-confianca-nos-militares/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

TUKAHARA, Victor Hideki. *Compliance* como fator determinante ao combate à corrupção.**Revista Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69895/*compliance*-como-fator-determinante-ao-combate-a-corrupcao>. Acesso em 5 fev. 2023.

VERISSIMO, Carla. ***Compliance*: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAID, Gabriel. **El progreso improductivo**. Debolsillo, 1981.

ZANCANARO, Antônio Frederico. A corrupção político-administrativa no Brasil. **Revista de Ciências Humanas da UNIPAR**, v. 3, n. 10, 1995.

DESAFIOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE NO FUTEBOL FEMININO: PROPOSTAS PARA A EQUIDADE DE GÊNERO NO UNIVERSO ESPORTIVO

LEGAL CHALLENGES OF MATERNITY IN WOMEN'S FOOTBALL: PROPOSALS FOR GENDER EQUALITY IN THE SPORTS UNIVERSE

Otávio Fernando de Vasconcelos[1]

Victória Cássia Mozaner[2]

Francis Marília Pádua[3]

Resumo: A presente pesquisa aprofunda a análise dos desafios que as atletas de futebol feminino enfrentam no contexto da maternidade, com foco em questões jurídicas, especialmente relacionadas ao direito trabalhista e ao direito desportivo. A pesquisa investiga a complexa relação entre o retorno antecipado aos treinos e o usufruto completo da licença maternidade, considerando os impactos negativos significativos sobre o condicionamento físico e o nível de competitividade das atletas em suas equipes. A metodologia utilizada inclui uma revisão de casos relevantes e uma ampla análise bibliográfica e documental, com o objetivo de esclarecer os diversos aspectos dessa questão. A questão central é se a atleta que não treina durante a licença maternidade enfrenta prejuízos em seu desempenho comparada às colegas de mesma posição, e se ela treina para manter seu condicionamento, está, de fato, usufruindo da licença constitucionalmente garantida? Há uma necessidade urgente de estabelecer políticas claras que equilibrem equitativamente a maternidade com a carreira esportiva das mulheres, assegurando seus direitos fundamentais sem comprometer suas carreiras no esporte de alto rendimento. Este estudo busca contribuir para o debate acadêmico e jurídico sobre a proteção dos direitos das atletas de futebol feminino durante a gestação e o puerpério, promovendo reflexões sobre como a legislação e as práticas esportivas podem evoluir para melhor apoiar e sustentar a participação feminina no esporte, respeitando suas escolhas pessoais e profissionais.

Palavras-Chave: Direito desportivo, Direito do trabalho, Maternidade, Licença, Leis trabalhistas.

Abstract: This research examines in depth the challenges faced by female soccer players in the context of motherhood, focusing on legal issues, especially those related to labor law and sports law. The research investigates the complex relationship

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduando em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI, Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado e pesquisador. E-mail: otaviofv.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2957-570X>.

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Pós Graduanda em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva Ltda. E-mail: victoriamozaner@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1023-4307>.

[3] Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Marília. Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Coordenadora do curso de Graduação em Direito e professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogada. E-mail: humanas.francis@unimar.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3213-1382>.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

between early return to training and full enjoyment of maternity leave, considering the significant negative impacts on the athletes' physical fitness and level of competitiveness in their teams. The methodology used includes a review of relevant cases and an extensive bibliographic and documentary analysis, with the aim of clarifying the various aspects of this issue. The central question is whether the athlete who does not train during maternity leave faces losses in her performance compared to her colleagues in the same position, and if she trains to maintain her fitness, is she, in fact, enjoying the constitutionally guaranteed leave? There is an urgent need to establish clear policies that equitably balance motherhood with women's sports careers, ensuring their fundamental rights without compromising their careers in high-performance sports. This study seeks to contribute to the academic and legal debate on the protection of the rights of female soccer players during pregnancy and the postpartum period, promoting reflections on how legislation and sports practices can evolve to better support and sustain female participation in sports, respecting their personal and professional choices.

Keywords: Sports law, Labor law, Maternity, Leave, Work laws.

1. INTRODUÇÃO

A maternidade representa um desafio complexo para as atletas de futebol feminino, levantando questões críticas no âmbito jurídico, especialmente no cruzamento entre o direito desportivo, direito do trabalho e direito constitucional. Historicamente, o reconhecimento do direito à licença maternidade tem evoluído significativamente, refletindo uma conscientização crescente sobre a necessidade de proteção às mães tanto no local de trabalho quanto em contextos específicos como o esporte profissional.

Ao longo dos anos, diversos marcos legislativos e constitucionais têm sido estabelecidos para assegurar que as mulheres possam usufruir de períodos adequados de licença para gestação, parto e cuidados iniciais com o bebê, sem que isso comprometa seus direitos trabalhistas ou oportunidades no esporte. Esta evolução é especialmente relevante no contexto do futebol feminino, onde a profissionalização crescente tem aumentado a pressão sobre as atletas para conciliarem carreira esportiva e maternidade de maneira equilibrada e justa.

Este artigo propõe uma análise abrangente dessas questões, explorando a interseção entre direito desportivo, direito do trabalho e direito constitucional no contexto da proteção legal às atletas durante o período gestacional e pós-parto. Aprofundar-se-á na relação entre essas áreas do direito, examinando como elas moldam o ambiente jurídico e institucional das atletas, e destacando a importância de um reconhecimento robusto dos direitos constitucionais e legais das mulheres no esporte.

A proteção legal à maternidade será discutida em dois principais aspectos: primeiro, a análise das legislações e garantias constitucionais existentes que visam proteger mães no contexto esportivo e no local de trabalho. Em segundo lugar, serão examinadas as políticas e práticas atualmente adotadas por organizações esportivas para apoiar atletas que são mães, evidenciando tanto os progressos alcançados quanto os desafios remanescentes.

Propostas de políticas e reformas legais serão apresentadas como meio de promover a equidade de gênero e fortalecer a proteção à maternidade no futebol feminino. Esta seção incluirá uma discussão detalhada sobre medidas legislativas e políticas que podem ser implementadas, com base em exemplos de boas práticas observadas em outros países ou organizações internacionais. O objetivo é oferecer uma base sólida para que sejam criadas possibilidades de discussões para o desenvolvimento de políticas que não apenas protejam, mas também incentivem a participação igualitária das mulheres no esporte de alto rendimento.

Este artigo busca contribuir significativamente para o debate acadêmico e prático sobre os direitos das atletas de futebol feminino, destacando a importância de um ambiente jurídico e institucional que apoie plenamente a maternidade, promovendo assim uma maior inclusão e igualdade de oportunidades no cenário esportivo global.

Para tanto, a metodologia utilizada será o método hipotético dedutivo com base em bibliografias, livros e artigos que já foram publicados, como também a analise jurisprudencial.

2. CONCEITO E ORIGEM DE DIREITO DESPORTIVO

O Direito Desportivo é um campo especializado que se desenvolveu ao longo dos séculos XIX e XX, em resposta à crescente complexidade e importância das práticas esportivas na sociedade moderna. Sua origem remonta à necessidade de regulamentar não apenas aspectos competitivos e recreativos do esporte, mas também suas dimensões econômicas, sociais e políticas.

Conceitualmente, o Direito Desportivo pode ser definido como o conjunto de normas jurídicas e princípios que governam as relações decorrentes da prática esportiva. Ele abrange desde o direito civil e administrativo até questões de direito internacional, refletindo uma abordagem interdisciplinar necessária para lidar com as

complexas interações entre atletas, clubes, federações e outras entidades envolvidas no universo esportivo.

Suas características distintivas incluem a autonomia normativa das organizações esportivas, que elaboram regulamentos próprios para disciplinar desde o comportamento dos atletas até questões de arbitragem e resolução de disputas. Essa autonomia coexiste com a necessidade de conformidade com princípios legais mais amplos, garantindo que as normas esportivas não violem direitos fundamentais ou normas de ordem pública.

Além disso, o Direito Desportivo é dinâmico e está em constante evolução, adaptando-se às novas realidades do mundo esportivo, como questões de doping, direitos de imagem dos atletas, transferências de jogadores e questões de governança corporativa nos clubes. A internacionalização do esporte também impulsionou a internacionalização do Direito Desportivo, com a criação de tribunais e sistemas de resolução de disputas que operam em nível global, como o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), responsável por decisões que transcendem fronteiras nacionais.

No contexto contemporâneo, o futebol feminino tem desempenhado um papel significativo no desenvolvimento do Direito Desportivo. Historicamente marginalizado e subfinanciado em comparação com o futebol masculino, o futebol feminino tem enfrentado desafios únicos em termos de reconhecimento, apoio institucional e garantia de direitos. O advento de organizações e movimentos dedicados à igualdade de gênero no esporte trouxe à tona questões jurídicas importantes, como contratos de trabalho, direitos de imagem, igualdade salarial, proteção contra discriminação e condições de trabalho adequadas.

A luta por igualdade no futebol feminino tem impulsionado debates e reformas no Direito Desportivo, incentivando a criação de políticas e legislações que visam proteger e promover os direitos das atletas femininas. Organizações internacionais como a FIFA e a UEFA têm implementado medidas para fortalecer o futebol feminino, incluindo a ampliação de competições, investimento em infraestrutura e campanhas de conscientização sobre a importância da inclusão e da equidade.

Portanto, o Direito Desportivo não apenas reflete a evolução das práticas esportivas ao longo do tempo, mas também desempenha um papel crucial na promoção da igualdade de gênero e na proteção dos direitos das atletas de futebol feminino. Através da aplicação de princípios jurídicos fundamentais como justiça, equidade e legalidade, o Direito Desportivo continua a moldar um ambiente onde

todos os praticantes, independentemente do gênero, possam competir em condições justas e seguras.

Assim, o Direito Desportivo desempenha um papel fundamental na promoção de valores éticos no esporte, na proteção dos direitos dos envolvidos e na garantia de um ambiente justo e equitativo para a prática esportiva em todas as suas manifestações. Sua evolução contínua é crucial para acompanhar as mudanças no panorama esportivo mundial e para enfrentar os desafios emergentes que surgem da interação entre esporte, economia e sociedade.

2.1 Princípios do Direito Desportivo

Como destacado anteriormente, o Direito Desportivo se distingue dos demais ramos do direito devido à sua submissão a um regime jurídico específico. Esse regime é composto por um conjunto sistemático de princípios e normas, organizados de maneira coordenada e lógica, constituindo um sistema unitário denominado "regime jurídico desportivo".

O direito desportivo se fundamenta na Constituição Federal de 1988, especialmente no seu artigo 5º, que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É por meio deste princípio constitucional que o direito desportivo busca garantir um tratamento igualitário e digno às suas atletas. Apesar das disparidades ainda presentes, a justiça desportiva procura assegurar que as atletas desfrutem plenamente dos direitos que lhes são constitucionalmente garantidos, promovendo assim um ambiente mais justo e equitativo no contexto esportivo.

O estudo dos princípios que norteiam o regime jurídico desportivo é crucial para elucidar o propósito das normas, isto é, compreender o verdadeiro espírito das leis. É recomendável utilizar métodos de interpretação que respeitem os textos legislativos sem perder de vista os objetivos para os quais foram estabelecidos.

Miguel Reale afirma que:

> Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Desta forma, é possível analisar que o autor trata de princípios como pressupostos que são indispensáveis para a prática do Direito, ainda mais no direito desportivo que a interpretação é feita com base nos princípios fazendo com que a interpretação da decisão seja movida por eles.

O artigo 2º do Código de Justiça Desportiva elenca os princípios do Desporto, é importante observar que são também princípios com base constitucional e processual civil, desta forma quando um atleta tem algum direito violado ou precisa assegurar a garantia de um como a licença maternidade, não dando ao intérprete carta branca para decidir se sim ou não, mas seguir os parâmetros desportivos e constitucionais.

Nesse artigo, a Justiça Desportiva desempenha um papel fundamental na discussão sobre a licença maternidade das atletas de futebol, especialmente no contexto brasileiro, onde questões relacionadas aos direitos trabalhistas e esportivos frequentemente se interligam

> Artigo 2º da Justiça Desportiva
> I ampla defesa; II celeridade; III contraditório; IV economia processual; V impessoalidade; VI independência; VII legalidade; VIII moralidade; IX motivação; X oficialidade; XI oralidade; XII proporcionalidade; XIII publicidade; XIV razoabilidade; XV devido processo legal; XVI tipicidade desportiva; XVII prevalência, continuidade e estabilidade das competições (*pro competitione*); XVIII espírito desportivo (*fair play*).

Em suma, o artigo 2º da Justiça Desportiva não apenas estabelece princípios que são fundamentais para garantir um sistema de justiça equitativo no esporte, mas também pode influenciar positivamente a forma como as questões relacionadas à licença maternidade das atletas de futebol são tratadas. Ele oferece uma base legal e ética robusta para defender e promover os direitos das mulheres no esporte, contribuindo para a igualdade de oportunidades e para a saúde física e emocional das atletas que são mães.

2.2 Relação entre Direito Desportivo e Direito do Trabalho

O reconhecimento da prática esportiva profissional no Brasil ocorreu de forma gradual. Embora o artigo 53 do Decreto Lei nº 3.199/41 já trouxesse, implicitamente, a ideia da existência do desporto nacional, foi apenas em 1943, com a promulgação do Decreto-Lei nº 5.342 pelo então Presidente Getúlio Vargas, que a profissionalização do esporte ganhou contornos mais definidos.

Esse decreto estabeleceu que a relação entre clubes e atletas seria regida por contratos, os quais deveriam ser submetidos ao Conselho Nacional de Desportos (CND) e estar em conformidade com as normas desportivas internacionais. Além disso, o registro do contrato junto ao CND passou a ser um requisito obrigatório para que o atleta pudesse participar de competições.

Já no que tange diretamente o futebol, objeto específico do presente trabalho, Melo Filho e Santoro (2019. p. 165) aduziram que, o esporte que desperta paixões em milhões de torcedores, teve um marco regulatório importante em 1961, quando o então presidente Jânio Quadros assinou o Decreto nº 51.008, de 20 de julho daquele ano, sendo o primeiro instrumento legal a tratar especificamente da profissão de atleta de futebol. Dentre as disposições trazidas pelo referido decreto, destacam-se a fixação de um intervalo mínimo de 72 horas entre as partidas oficiais e amistosas disputadas pelos jogadores, bem como a previsão de um período de recesso obrigatório para os atletas profissionais, compreendido entre os dias 18 de dezembro e 7 de janeiro. Tais normas, apesar de terem sofrido algumas modificações ao longo do tempo, em sua essência permanecem em vigor na legislação que regulamenta o futebol brasileiro.

Ao longo da história, o desporto futebolístico passou por diversas transformações no que tange à sua regulamentação legal. Um marco significativo ocorreu em 1973, quando, por meio da Lei 5.939, os atletas profissionais de futebol foram incluídos no rol de beneficiários da previdência social, garantindo-lhes direitos até então inexistentes. Posteriormente, em 1975, com o advento da Lei nº 6.269, criou-se um sistema de assistência complementar destinado a esses desportistas, ampliando a proteção conferida pela legislação.

Contudo, foi somente em 1976, com a sanção da Lei 6.354 pelo então Presidente da República, Ernesto Geisel, que as relações trabalhistas entre clubes e jogadores profissionais de futebol foram regulamentadas de forma específica. A partir de então, os clubes passaram a ser considerados empregadores, enquanto os atletas assumiram a posição de empregados.

Essa relação empregatícia, no entanto, apresenta certas peculiaridades que a distinguem das demais. Dentre elas, destacam-se o pagamento de "luvas", que consistem em uma quantia paga pelo clube ao atleta no momento da contratação, e os chamados "bichos", que são premiações concedidas aos jogadores em virtude de seu desempenho em partidas ou conquistas de títulos. Tais particularidades

evidenciam a natureza sui generis do vínculo laboral existente entre clubes e atletas profissionais de futebol.

A história do contexto legal que rege os contratos de trabalho entre clubes e atletas de futebol é extensa e complexa, não sendo possível esgotá-la neste tópico. No entanto, é importante destacar alguns marcos relevantes, como a promulgação da Lei nº 8.672/93, conhecida como "Lei Zico", durante o governo de Itamar Franco. Essa legislação, assim como as anteriores, foi posteriormente revogada pela Lei nº 9.615/98, a famosa "Lei Pelé", que trata das relações de trabalho de atletas profissionais de todas as modalidades desportivas, não somente sobre o futebol.

Todavia, a "Lei Pelé" trouxe significativas mudanças no cenário futebolístico brasileiro, regulamentando de forma detalhada as relações trabalhistas entre clubes e jogadores. Uma das principais inovações foi a extinção do "passe", um mecanismo que obrigava os atletas, mesmo após o término de seus contratos, a só atuarem em outro clube mediante o pagamento de uma indenização à agremiação anterior.

Além disso, a "Lei Pelé" buscou adequar-se às diretrizes estabelecidas pela FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) em seu Regulamento sobre o Status e a Transferência de Jogadores (RSTP, na sigla em inglês). Essas normas internacionais foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, visando a padronização e a modernização das relações contratuais no futebol.

Essa evolução legislativa demonstra a crescente preocupação em garantir os direitos dos atletas e estabelecer regras claras para as transações entre clubes, tanto em âmbito nacional quanto internacional. A "Lei Pelé" (ainda em vigor), em particular, representou um marco na profissionalização e na valorização do futebol brasileiro, alinhando-o às melhores práticas globais.

Finalmente, com a promulgação da Lei Geral do Esporte, nº 14.597, em 14 de junho de 2023, um novo e significativo marco no cenário esportivo brasileiro surgiu, vez que estabelece um conjunto abrangente de normas e diretrizes que visam aprimorar a organização, o funcionamento e o financiamento do esporte no país, abordando aspectos cruciais como a gestão e a transparência das entidades esportivas, além de definir os direitos e deveres dos atletas, englobando questões relacionadas a contratos, remuneração e benefícios previdenciários, o que demonstra um esforço em proporcionar um ambiente mais estruturado e equitativo para o desenvolvimento do esporte em todas as suas dimensões.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Desta feita, resta evidente a relação do direito desportivo e o direito do trabalho. O primeiro não contraria o segundo, e ambos estão sob a égide da Constituição de 1988, principalmente naquilo que fora trazido pelo legislador constituinte no artigo 7º. Assim, como qualquer outro trabalhador brasileiro, o(a) atleta profissional de futebol deverá ter sua CTPS devidamente anotada, bem como aos depósitos fundiários, férias anuais, décimo terceiro salário, sendo amparado(a) pelos benefícios previstos do Regime Geral de Previdência Social, dentre outros.

3. PROTEÇÃO LEGAL AO DIREITO DA MATERNIDADE

Quanto aos direitos trabalhistas das mulheres, relevante salientar que historicamente, ante a forte influência paternalista da sociedade, não havia qualquer cogitação de que uma mulher poderia contribuir ao sustento financeiro de sua casa. Inimaginável mesmo era a possibilidade de esta ser considerada “chefe de família”, devendo tal incumbência ser de exclusiva do homem. Assim, a mulher sempre sofreu forte discriminação nas relações de trabalho.

Já na revolução industrial, os empresários buscavam a mão de obra feminina, vez que, inobstante estas sujeitarem jornadas de trabalho entre 14 e 16 horas por dia, executando as mesmas tarefas desempenhadas pelos homens, e em sua maioria em condições prejudiciais à sua saúde, percebiam uma remuneração menor.

Não há que se esquecer que esta, justamente por uma questão cultural, ainda tinha o “dever” de cuidar de todos os afazeres domésticos e a devida criação dos filhos.

Já no século XIX, em razão dos evidentes problemas enfrentados pelas mulheres, iniciou-se movimentos nas legislações de diversos países, para que houvesse uma maior proteção legal quanto aos direitos das trabalhadoras, haja visto a notória necessariedade.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2009. p. 581):

> Na Inglaterra, surge o “Coal Mining Act”, de 19-8-1842, proibindo o trabalho da mulher em subterrâneos. O “Factory Act”, de 1844, limitou a jornada de trabalho da mulher a 12 horas de trabalho, proibindo-a no período noturno. O *Factory and Workshop Act*, de 1878, vedou o emprego da mulher em trabalhos perigosos e insalubres.
> Na França, houve uma lei de 19-5-1874 que proibiu o trabalho da mulher em minas e pedreiras, assim como o trabalho noturno para menores de 21 anos. A lei de 2-11-1892 limitou a jornada de trabalho das mulheres em 11 horas.

No final do século XIX, a Alemanha já havia dado os primeiros passos rumo à proteção do trabalho feminino, com a promulgação do Código Industrial de 1891, que estabeleceu normas básicas nesse sentido. Entretanto, foi na França que surgiu a primeira legislação específica voltada para a garantia de um período de afastamento do trabalho para as mulheres grávidas. A lei francesa de 28 de dezembro de 1909 concedeu às gestantes o direito a um repouso não remunerado, além de proibir que elas carregassem objetos pesados durante esse período.

Somente à título de informação ao leitor, um maior movimento social e político para que as mulheres possuíssem maior proteção no que tange às leis trabalhistas, deu-se após o incêndio na fábrica Triangle Shirtwaist, ocorrido em 25 de março de 1911, em Nova Iorque, nos Estados Unidos, foi uma tragédia que ceifou a vida de 146 trabalhadores, sendo 123 mulheres e 23 homens, a maioria com idade entre 14 e 23 anos e de origem imigrante, principalmente italianas e judaicas, que trabalhavam em condições insalubres e perigosas, com longas jornadas de trabalho e portas trancadas para evitar roubos e saídas não autorizadas, o que impediu a fuga de muitos durante o incêndio, gerando grande comoção e indignação na opinião pública, que passou a clamar por reformas nas leis trabalhistas e de segurança.

Já no Brasil, ainda sob a égide do Código Civil de 1916 em que a mulher era tratada como incapaz, entra em vigor a primeira norma que especificamente tratou desta relação de trabalho. O Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, influenciado pelas leis europeias supra, vedava o trabalho noturno, a remoção de pesos, o labor em locais subterrâneos, insalubres e perigosos no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto. Concedia também às mulheres, diariamente, dois descansos de 30 (trinta) minutos cada para que pudessem amamentar seus filhos, durante os primeiros seis meses de vida daqueles.

A Constituição Federal de 1934, foi a primeira a dispor neste sentido, quando no artigo 121 previu quanto à proibição de discriminação quanto ao pagamento de salários em razão do sexo dos trabalhadores (art. 121, §1º, a); vedação de prestação de serviços em locais insalubres (art. 121, §1º, d), bem como a possibilidade do repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, garantindo inclusive, a instituição da previdência a favor da maternidade (art. 121, §1º, h). A Constituição de 1937 também manteve tais disposições, em seu artigo 137.

A edição da Consolidação das Leis Trabalhistas, no dia 1º de maio de 1943, consolidou a referida matéria, sofrendo diversas alterações oriundas da promulgação

do Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. E no que tange ao direito da mulher licenciar-se em razão da maternidade, sendo este o específico objeto do presente trabalho, a citado Decreto-Lei alterou os artigos 389 e 392 da CLT, para que proporcionar descanso para as mulheres, sem prejuízo de seu salário, durante um período compreendido entre quatro semanas antes e oito semanas após o parto.

Tal período foi dilatado para 120 (cento e vinte) dias, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XVIII. Insta salientar que anteriormente, para que houvesse uma diminuição na discriminação praticada pelos empregadores em razão de "pretenso prejuízo" na contratação de mulheres, haja visto a possibilidade da maternidade, a Lei nº 6.136 de 7 de novembro de 1974, transferiu da empresa para a Previdência Social, o ônus da licença-maternidade.

Muitas outras previsões legais foram introduzidas, como, a título de exemplo: a possibilidade de que as mulheres adotantes possuírem também a licença-maternidade, resultando na atual seção V da CLT, que trata da proteção à maternidade.

Evidencia-se assim que, a proteção legal ao trabalho das mulheres, especialmente no que tange à licença-maternidade, reveste-se de singular importância, uma vez que assegura a conciliação entre a realização profissional e o exercício da maternidade, permitindo que a mulher possa dedicar-se aos cuidados iniciais com o filho recém-nascido, fortalecendo os vínculos afetivos familiares, sem prejuízo de sua posição no mercado de trabalho e da continuidade de sua carreira, sendo, portanto, uma conquista social fundamental para a promoção da igualdade de gênero e para a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada, na qual as responsabilidades familiares são compartilhadas e a maternidade é valorizada como uma função social de extrema relevância.

3.1 Licença maternidade da atleta profissional de futebol

Assim como qualquer outra trabalhadora, a atleta, e em especial ao objeto de estudo do presente artigo, a atleta profissional de futebol possui os mesmos direitos contidos no ordenamento legal trabalhista, vez que, principalmente o texto constitucional, não faz qualquer distinção dos destinatários dos referidos direitos sociais.

E quanto à proteção à maternidade, o entendimento não é diferente, o que ratifica tal aplicabilidade às atletas mulheres. Com a promulgação da Lei Geral do

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Esporte (Lei nº 14.597/2023), que segundo (SOUZA, 2023. p, 53), apesar de não ter alcançado plenamente o objetivo de unificar a legislação desportiva, devido aos vetos e à manutenção de diplomas legais anteriores, abordou diversos temas relevantes, dentre os quais se destacam as regras de proteção à maternidade, que buscaram regulamentar situações específicas do âmbito esportivo, como é esperado de uma lei especial, sem, contudo, afastar a incidência das leis gerais infraconstitucionais, as quais, em conjunto com a nova legislação, devem atuar no sentido de promover as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal.

A Nova Lei prevê justamente isso em seu artigo 53-A, bem como no §10 do artigo 86, garantindo todos os direitos da maternidade, impedindo qualquer condicionante relativo à gravidez da atleta.

Ou seja, à atleta restarão todas benesses previstas a partir do artigo 391 da Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo a licença maternidade, tratando-se de período mínimo em que os cuidados junto ao bebê são os mais delicados, é devido também em razão ao respeito do período puerperal, seja por questões de saúde da mulher, seja em razão de vínculo com o filho(a), dentre tantos outros que, em alguns outros países há um entendimento que o período deveria ser bem maior. É o caso da Suécia, que prevê em sua legislação uma licença de 480 (quatrocentos e oitenta) dias aos pais (pai e mãe, incluindo os adotivos, solteiros e LGBTQIA+).

Contudo, para a atleta profissional de futebol, como se já não tivesse que enfrentar tamanha discriminação em face à desigualdade de gêneros (seja em razão de pré-conceitos sociais, prestígios, salários, condições de trabalho, dentre outros), se optar em se tornar mãe, enfrentará outro enorme desafio: se de fato, for usufruir de seu período de licença maternidade, quando do retorno ao labor, estaria com as mesmas condições físicas de suas colegas de posição no time? Certamente retornaria com desvantagem sendo, provavelmente, preterida pela comissão técnica até que estivesse em igualdade de condicionamento que as demais atletas de seu time.

Agora, se a atleta profissional que recentemente tornou-se mãe, procurar realizar treinos para manter tal condicionamento, estaria em gozo daquilo que é previsto constitucionalmente?

Doutra borda, importante destacar algumas determinações apresentadas pelos órgãos que organizam o futebol, no sentido de tentar minimizar a já citada discriminação de gênero (a título de exemplo, a determinação da Conmebol de que todos os times que disputarem suas competições – Libertadores da América e Copa

Sul-americana - deverão manter time feminino), bem como as recentes alterações realizadas no texto da RSTP, que entraram em vigor no último dia primeiro de junho de 2024.

Das principais, aos novos itens do artigo 18, há novas determinações quanto à licença maternidade da atleta profissional de futebol (com período mínimo de 14 semanas), e obrigação de fornecimento de suporte médico adequado quando do retorno.

Contudo, há inquietante omissão por parte do legislador brasileiro. A começar pela estabilidade provisória da atleta gestante que, conforme disposto pelo artigo 10 da ADCT, sua dispensa arbitrária ou sem justa causa restará vedada, da confirmação do estado gravídico até cinco meses após o parto.

Mas no caso das atletas profissionais de futebol, estas teriam condições de retornarem plenamente em suas atividades em um período de cinco meses após o parto? O presente trabalho trará em seu último item, sugestões para que esta trabalhadora, em especial, tenha uma real proteção à sua atividade profissional.

4. PROPOSTAS DE POLÍTICAS E REFORMAS LEGAIS PARA PROMOVER A EQUIDADE DE GÊNERO E A PROTEÇÃO A MATERNIDADE DAS ATLETAS NO FUTEBOL

Para promover a equidade de gênero no futebol feminino, é essencial abordar a disparidade em relação ao futebol masculino de maneira holística e inclusiva. Esta pesquisa destacou a necessidade de medidas que não apenas garantam às atletas o pleno gozo de sua maternidade, mas também assegurem apoio integral ao retornarem à profissão após o período de licença maternidade. Isso envolve políticas que não apenas resguardem seus direitos legais, mas também promovam um ambiente que valorize e apoie as necessidades específicas das mulheres no esporte.

Além da proteção legal, as propostas discutidas no artigo consideram um atendimento multifacetado e abrangente. Isso inclui acesso facilitado a cuidados médicos e psicológicos adequados, que são fundamentais não apenas para a saúde física e emocional das atletas, mas também para sua capacidade de desempenhar de forma competitiva e sustentável ao longo de suas carreiras esportivas. A implementação dessas medidas não apenas fortalece o futebol feminino como um todo, mas também contribui para a construção de um ambiente esportivo mais justo e igualitário, onde todas as atletas possam prosperar livremente.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

4.1 Avaliação de políticas bem sucedidas em outros países ou organizações que promovem a equidade de gênero

A promoção da equidade de gênero emerge como uma temática central em âmbitos diversos pelo mundo, constituindo-se como um movimento global em prol da equiparação de oportunidades e direitos entre homens e mulheres. Sob tal contexto, múltiplas políticas e iniciativas têm sido instauradas por governos, organizações internacionais e sociedade civil, visando mitigar desigualdades históricas e estruturais. Este ensaio acadêmico propõe a análise de políticas exemplares adotadas por nações e entidades que têm se destacado na promoção da equidade de gênero.

Na Noruega, destaca-se a política de quotas de gênero para conselhos de administração de empresas, inaugurada em 2003. Tal legislação estipula que, no mínimo, 40% dos assentos em conselhos de administração de empresas públicas sejam ocupados por mulheres. Esta iniciativa pioneira representou um marco significativo na fomentação da presença feminina em cargos de liderança corporativa, resultando em impactos positivos na representatividade e influência das mulheres no setor privado.

Outro exemplo relevante provém da Suécia, onde a política de licença parental compartilhada é amplamente reconhecida. Esta abordagem incentiva tanto pais quanto mães a dividirem equitativamente o período de licença após o nascimento de um filho. A medida não apenas fomenta a igualdade de responsabilidades familiares entre os gêneros, mas também contribui para a redução das disparidades de gênero no mercado de trabalho, permitindo que ambos os genitores possam se dedicar ao cuidado dos filhos sem comprometer suas trajetórias profissionais.

Já na Islândia, a implementação da Lei de Paridade Salarial exemplifica outra iniciativa de destaque. Esta legislação abrangente exige que empresas com mais de 25 funcionários assegurem que homens e mulheres recebam remuneração equivalente por trabalho de igual valor. O impacto desta política tem sido significativo na redução das disparidades salariais de gênero, promovendo ao mesmo tempo transparência e equidade no mercado de trabalho islandês.

Ademais, a Organização das Nações Unidas (ONU) se destaca por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que incluem a igualdade de gênero como um objetivo específico (ODS 5). Comprometendo-se a alcançar a igualdade entre os gêneros e empoderar todas as mulheres e meninas até 2030, a ONU tem colaborado com seus Estados membros e outras entidades para implementar políticas

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

e programas destinados a promover a igualdade de gênero em áreas cruciais como educação, saúde, emprego e participação políticas.

Em síntese, as políticas exemplificadas constituem iniciativas bem-sucedidas na promoção da equidade de gênero em contextos globais variados. Estas abordagens não apenas evidenciam a importância de estratégias legislativas e políticas públicas, mas também sublinham a necessidade de coordenação efetiva para abordar desafios persistentes relacionados à desigualdade de gênero. A avaliação dessas políticas oferece insights preciosos para inspirar e orientar futuras intervenções e esforços na promoção da equidade de gênero em níveis global, regional e local.

4.2 Propostas para efetivação da equidade de gênero no futebol feminino durante e após a licença maternidade

Em que pese este artigo já ter trazido as propostas da FIFA e da Conmebol, é necessário, fomentar propostas que se adaptem com a realidade das atletas profissionais do futebol brasileiro. Medidas estas que visam garantir um apoio integral as profissionais do futebol feminino, possibilitando assim, uma recuperação adequada e a participação plena no desenvolvimento da criança.

As propostas a seguir foram elaboradas de acordo com a temática e com as necessidades abordadas no decorrer do artigo, para que corresponder em cumprir o objetivo final que é a efetiva garantia dos direitos constitucionais e trabalhistas femininos baseando na igualdade.

Deste modo, começaremos a elencar as medidas por ordem de prioridade e a primeira que se observa ser de maior relevância:

Prever a Extensão Obrigatória da estabilidade provisória da atleta puérpera: para que de fato a mãe possa usufruir de maneira integral sua licença maternidade, e estar estável em seu contrato de trabalho enquanto esta não possuir o condicionamento físico para estar nas mesmas condições de desempenho que as demais colegas de profissão, sendo devido ao clube dispor equipe multidisciplinar (médico, fisioterapeutas, preparadores físicos, fisiologistas, etc), para tanto.

Flexibilidade de Contratos: Assim como já previsto na recente redação do RSTP (FIFA), permitir que atletas femininas tenham flexibilidade em seus contratos durante a gravidez e após o retorno à competição, assegurando que não sejam penalizadas por sua condição de maternidade.

Políticas Antidiscriminatórias: Reforçar políticas antidiscriminatórias que proíbam qualquer forma de discriminação baseada na maternidade ou estado civil das atletas, garantindo que sejam tratadas de forma justa e equitativa em todas as fases de suas carreiras esportivas.

É importante salientar, que podem existir outras formas de se efetivar direitos e diminuir as disparidades de gênero e social, seja por meios contratuais, educacionais ou legais. Pelos direitos das atletas profissionais, o sério debate urge! O presente artigo buscou analisar maneiras céleres, efetivas e não custosas, que possibilitem ao clube quanto atleta cumprir de maneira plena não somente obrigações de ordem trabalhista, mas buscar cumprir os objetivos fundamentais de nossa República, esculpidos no artigo 3º da Carta Política de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa aprofundou a análise dos desafios enfrentados por atletas de futebol feminino no contexto da maternidade, examinando questões jurídicas pertinentes, especialmente à luz do direito do trabalho e do direito desportivo. Ficou evidente a complexa dinâmica entre o retorno precoce aos treinos e o pleno usufruto da licença maternidade, considerando os impactos negativos e significativos na possível perda do condicionamento físico e quanto ao nível de competitividade das atletas dentro de suas respectivas equipes.

Através de uma ampla revisão bibliográfica, documental e da análise de casos relevantes, foi possível elucidar os diversos aspectos envolvidos nessa problemática. Constatou-se que se a atleta deixa de treinar durante o período de licença maternidade, sofrerá prejuízo em seu desempenho esportivo perante suas companheiras da mesma posição em seu time. Contudo, se realizar treinos para manter seu condicionamento, estaria de fato em gozo da referida licença garantida constitucionalmente?

Diante desse impasse, destaca-se a urgente necessidade de estabelecer políticas claras que possam conciliar de maneira equitativa a maternidade com a carreira esportiva das mulheres, garantindo seus direitos fundamentais sem comprometer suas trajetórias profissionais no esporte de alto rendimento. Nesse sentido, foram apresentadas propostas concretas, como a extensão obrigatória da estabilidade provisória da atleta puérpera, a flexibilidade de contratos durante a gravidez e após o retorno às competições, e o reforço de políticas antidiscriminatórias.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Este estudo buscou contribuir para o debate acadêmico e jurídico sobre a proteção dos direitos das atletas de futebol feminino durante o período de gestação e puerpério, promovendo reflexões sobre como a legislação e as práticas esportivas podem evoluir para melhor apoiar e sustentar a participação feminina no esporte, respeitando suas escolhas pessoais e profissionais. Espera-se que as discussões aqui levantadas estimulem novas pesquisas e iniciativas que visem a efetiva garantia dos direitos constitucionais e trabalhistas femininos, baseando-se no princípio da igualdade.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva.** Brasília, DF: Confederação Brasileira de Futebol, 2020. Disponível em: <https://futebolpaulista.com.br/TJD/-Repositorio/_tjd_cod.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.597, de 14 de junho de 2023**. Institui a Lei Geral do Esporte. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14597.htm>. Acesso em: 17 jun. 2024.

DIRECTORATE OF EQUALITY, **Iceland**. Disponível em: <https://www.arcticiceland.is/members/directorate-for-genderequality#:~:text=About-%20Directorate%20for%20Gender%20Equality&text=It%20deals%20with%20matters%20conc>. Acesso: 15 jun. 2024.

FIFA. **Regulations on the Status and Transfer of Players**. Zurich: FIFA, 2024. Disponível em: <chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://-digitalhub.fifa.com/m/153157b40ca1dfd/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-March-2023edition.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2024.

GARCEZ, Talita. Mulher atleta no futebol à luz da nova Lei geral do Esporte. GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto (Orgs.). **Temas intrigantes do direito desportivo.** 1 ed. Campinas: Lacier Editora, 2024.

GONÇALVES, Agnes Luiza Soares. **A maternidade no cenário desportivo e os desafios da justiça do trabalho.** 2021. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bdtrt3/handle/11103/71472>. Acesso em: 17 jun. 2024

JUCÁ, Marcelo. **Justiça desportiva e suas decisões:** estudo de caso. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO FILHO, Álvaro; SANTORO, Luiz Felipe. **Direito do futebol:** marco jurídico e linhas mestras. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. **No Dia das Mães, atletas comemoram o direito de viver gravidez tranquila e segura ao serem contempladas.** Disponível em: <https://www.gov.br/esporte/pt-br/noticias-e-conteudos/esporte/no-dia-das-maes-atletascomemoram-o-direito-de-viver-gravidez-tranquila-e-segura-ao-serem-contemplad>. Acesso em: 17 jun. 2024.

NEVES, Thalita. **Direitos das atletas gestantes:** o caso Allyson Felix e a relação com patrocinadores. Disponível em: <https://www.fg2021.eventos.dype.com.br/-resources/anais/8/fg2020/1613696411_ARQUIVO_b0d48e4113f6cb9f9f1c6cff2c59c1c1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2024.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Filipe Orsolini Pinto de et al. **A proteção à maternidade das atletas mulheres na Lei Geral do Esporte**. 2023. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/40803. Acesso em: 17 jun. 2024.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS ADOLESCENTES EN LA ERA DIGITAL BAJO EL ENFOQUE DE LA LEY COLOMBIANA

PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY OF ADOLESCENTS IN THE DIGITAL ERA UNDER THE APPROACH OF COLOMBIAN LAW

Ángela Sierra de Hoyos[1]

Resumen: En la actualidad la Ley 1581 de 2012 y la Ley 1098 de 2006 son insuficientes para garantizar el derecho a la privacidad de los adolescentes en las redes de internet, en la medida que se está recaudando su información sin advertir el uso que se le va a dar, se están almacenando y publicando sus datos sin consentimiento, además no se está garantizando que los sitios web tengan sus datos exactos y verdaderos, violando su derecho a la intimidad, dignidad e imagen personal. El presente trabajo de investigación busca analizar la protección del derecho a la privacidad de los adolescentes en la era digital, para dicho propósito se van a examinar las normas colombianas que protegen esta prerrogativa fundamental, luego se van a identificar esas falencias que presenta la normatividad y se van a formular recomendaciones para que la ley colombiana proteja esa esfera privada de la población juvenil.

Palabras clave: privacidad, ley colombiana, información online, consentimiento, datos personales.

Abstract: Currently, Law 1581 of 2012 and Law 1098 of 2006 are insufficient to guarantee the right to privacy of adolescents on Internet networks, to the extent that their information is being collected without warning of the use that will be given to it, their data is being stored and published without consent. In addition, websites are not being guaranteed to have your accurate and true data, violating your right to privacy, dignity and personal image. The present research work seeks to analyze the protection of the right to privacy of adolescents in the digital age, for this purpose the Colombian regulations that protect this fundamental prerogative will be examined, then those shortcomings presented by the regulations will be identified and recommendations will be formulated so that the Colombian law protects this private sphere of the youth population.

Keywords: Privacy, Colombian law, online information, consent, personal data.

1. Introducción

La protección del derecho a la privacidad de los adolescentes en Colombia dentro de las redes digitales de internet, se encuentra establecida en la Ley 1581 de 2012 (Ley de Habeas Data) y en la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), mediante las cuales se pretende evitar que los datos e informaciones

[1] Defensoría del Pueblo de Colombia. Profesional en Negocios Internacionales de la Universidad del Sinú; Magister de la Universidad internacional La Rioja, España. Delegada para los Derechos de Infancia, Juventud y Vejez, de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Email: anglasierra1@hotmail.com.

personales que los menores depositan en sus ordenadores móviles o fijos, pueda ser sustraída o divulgada, sin consentimiento de sus titulares y de sus padres, quienes tienen la misión constitucional de proteger la intimidad de sus hijos de interferencias a su huella digital.

Los adolescentes se encuentran sujetos a riesgos dentro del tráfico online, como el robo o manejo irregular de sus datos por parte de terceros o de mecanismos automáticos de recolección de información, que puedan usar sus elementos personales para fines delictivos, generando daños a la honra, al buen nombre y el honor, con informaciones que han sido sustraídas de sus titulares, sin autorización y que quedan fijadas en la web, con grandes dificultades para que pueda ser removidas o eliminadas.

Bajo nuestra perspectiva, las leyes 1581 de 2012 y 1098 de 2006 han sido insuficientes frente a los desafíos que supone el uso de internet, pues los datos que se depositan por vía online pueden ser objeto de recopilación y exhibición en contra de la voluntad delos adolescentes, lo que atenta gravemente contra su privacidad, pues hay sitios que recaudan la información de los menores, sin que en las normas colombianas haya mecanismos efectivos que permitan conocer cómo se están manejando las informaciones sensibles de los adolescentes en el tráfico online o que se pueda exigir que se borren los datos divulgados o difundidos, cuando han sido exhibidos, sin el consentimiento del menor y sin la autorización de sus padres.

En ese orden de ideas, no se está garantizando dentro de las redes de internet la privacidad de los adolescentes mediante la legislación colombiana, pues no se está obligando a los sitios web a precisar de manera clara, suficiente y previa, el trato o destino que se le va a dar a los datos dentro de los sitios online, no se está asegurando el consentimiento para el almacenamiento, procesamiento, y la publicación de los datos; no se está garantizando que la información que los portales online tienen sobre los adolescentes sea cierta, exacta, actualizada, comprobable y comprensible y hay un déficit de protección contra riesgos de carácter informático como el acceso sin autorización o la contaminación por virus, sin que se pueda garantizar la reserva de los datos sensibles de los adolescentes cuando son depositados o manejados por vía online.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la protección del derecho a la privacidad de los adolescentes en la era digital bajo el enfoque de la ley colombiana, con el fin encontrar alternativas de solución ante las falencias que se presentan en la

legislación actual para garantizar que haya un control efectivo a la recopilación, procesamiento, divulgación y circulación de los datos de los adolescentes cuando son depositados en las redes de internet.

Para ello se van a examinar las normas que protegen la privacidad de los adolescentes, luego se van a abordar las falencias o vacíos que presenta esa normatividad para lograr la protección de sus datos personales en las redes de internet, más adelante se van a plantear las recomendaciones para lograr que la ley colombiana pueda garantizar con mayor efectividad la salvaguarda de su privacidad y por último se va a elaborar un seriado de conclusiones que permita sintetizar los hallazgos encontrados.

Hay múltiples autores que han analizado los elementos conceptuales que conforman el derecho a la privacidad para los adolescentes y que permiten demostrar su trascendencia, frente al uso indebido, arbitrario o abusivo de los datos personales de esa población juvenil en las redes digitales.

El concepto de privacidad en los adolescentes se relaciona con la protección de informaciones y datos sensibles, que permiten la identificación de la persona y la singularizan de los demás individuos, dándole unas características, rasgos y elementos que son valiosos, tienen significación social y que se han decidido reservardel escrutinio público, salvo que el titular de estos datos personales consienta en revelar esas informaciones a la sociedad (Woolcott 2022).

De acuerdo a Guevara (2021) la privacidad se erige como un derecho, bajo el marco del artículo 15 de la Constitución Política, que le permite a los adolescentes, que la información que ha sido recopilada y recaudada sobre ellos, pueda ser controlada, estar sujeta a reserva por el tiempo que su titular lo considere necesario, se pueda manejar su difusión y se puedan determinar los propósitos con los que puede usarse, para que no pueda ser usufructuada de forma ilícita, para fines no autorizados o que se divulgue de forma masiva en las redes de internet.

La valoración del derecho a la privacidad implica garantizar que el adolescente titular de los datos personales, sea informado del uso que se le va a dar la información cuando es recopilada y procesada dentro los portales web y que se asegure que éstos manifiesten su voluntad explícita y previa para recopilar, recaudar y divulgar esa información, pues de lo contrario se estaría cometiendo una infracción a su intimidad que puede generar consecuencias penales o disciplinarias (Peláez y Riascos 2020). Cárdenas y Herrera (2018) argumentan que a nivel teórico la privacidad tiene un

núcleo concéntrico que no puede ser vulnerado y afuera de esa esfera privativa, se encuentran las informaciones y los datos que el adolescente decide compartir en sus redes de internet y que entran en la categoría de datos públicos que pueden ser libremente compartidos por el conglomerado social, sin violar la intimidad de su titular.

Para Rodríguez (2021), dentro de las redes de internet, la protección de la privacidad le permite a los adolescentes manejar la transmisión de sus datos, establecer los plazos para su almacenamiento, consentir los propósitos para los que pueden ser utilizados, actualizar su vigencia o rectificar su contenido, y si la información privada es usada con fines no autorizados, ilícitos o que no correspondan a la realidad, los adolescentes pueden hacer uso de los mecanismos jurídicos que establece el ordenamiento constitucional y legal para defender su derecho a mantener su información de carácter privada, dentro del contexto de las redes de internet, donde es común que se presenten múltiples violaciones a la voluntad del titular de los datos y a la seguridad, la veracidad y la integridad de la información que circula dentro del ciberespacio.

Para el profesor Miranda Gonçalves (2021), la sociedad tecnológica en la que actualmente convivimos está impactando la condición humana, conllevando a un conjunto de cambios en la vida de las personas, que están afectando severamente el derecho la privacidad, por lo que se hace importante realizar un proceso de adaptación de la legislación actual (en este caso nos referimos a las leyes colombianas) para garantizar el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos en este nuevo escenario digital.

Dentro del contexto de las redes de internet, los adolescentes a partir del ejercicio del derecho a la privacidad, se les debe garantizar la protección de sus datos personales depositados en bases nacionales e internacionales online, de forma que puedan verificar su contenido, decidir si deben permanecer resguardados o si deben ser expuestos y poder tener manejo pleno sobre su divulgación en las redes online, esto por cuanto dentro del tráfico virtual se presentan fenómenos como sustracción de la información que está sujeta a reserva como su nombre, imagen, domicilio, identidad, así como también la revelación de informaciones sensibles como vídeos y grabaciones que comprometen su esfera más íntima, que pueden impactar seriamente su dignidad, su reputación social e incluso pueden tener repercusiones sobre su salud psicológica y física (Puello 2020).

La privacidad de los adolescentes se desenvuelve en medio de un avance sustantivo de la tecnología, donde están expuestos a múltiples riesgos informáticos que pueden llevarlos a la puesta en peligro o vulneración de sus derechos, dada la aparición de prácticas sociales en la comunicación y las interrelaciones personales que van desde la cotidiana utilización del computador personal con el internet como autopista de la información, el correo electrónico, las redes sociales y toda clase de campos virtuales, donde los datos se ventilan sin control y en el que se hace absolutamente complejo pedir posteriormente el retiro o la eliminación de datos íntimos que se suben al ciberespacio (Colorado 2021).

En el marco del ciberespacio hay que hacer alusión a tecnologías como la inteligencia artificial que manejan los ordenadores móviles o fijos, las cuales pueden poner en riesgo, los datos personales que se depositan en las redes de internet, en la medida que hay una preocupación constante respecto al uso masivo de sistemas que por su funcionamiento requieren información que identifiquen o hagan identificable, los individuos detrás de los datos (Miranda 2023).

La protección de los aspectos más privados de los adolescentes, ha comenzado a verse en riesgo ante el advenimiento de fenómenos como la masificación de las aplicaciones digitales y la expansión de las redes sociales, situación frente a la cual adquiere especial relevancia el derecho fundamental a la privacidad, que les otorga la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas o sitios web, divulguen sus datos íntimos, que se diseminen datos falsos, erróneos o calumniosos y que se use el internet como herramienta para atentar contra su intimidad y sus datos más sensibles y personales (Cabezas 2023).

Según Martín (2020) la salvaguarda de la privacidad de los adolescentes, supone dos perspectivas: i) una perspectiva de protección institucional: que hace alusión a que la información solo pueda ser recaudada y publicada para fines constitucionalmente legítimos, definidos de forma clara, suficiente, previa y bajo una destinación que le haya sido informada al adolescente o a sus padres y que se garantice que sus datos personales van a estar protegidos contra toda destrucción, pérdida, alteración o difusión, accesos no autorizados, utilización fraudulenta y contaminación por virus informático. Una perspectiva de autoprotección: que hace referencia a que el propio adolescente debe tomar las medidas de precaución para evitar que se develen sus datos sensibles o que se realice un uso abusivo de los mismos en el ciberespacio, o si se presentan fugas, los afectados deben exigir al

responsable que ha recopilado, procesado o publicado sus datos personales, la exclusión de los mismos ante las autoridades competentes.

Los aspectos que caracterizan conceptualmente la privacidad de los adolescentes frente a las redes de internet, son los siguientes: i) se trata de aspectos exclusivos y propios de la persona, ii) son datos que individualizan en mayor o menor medida su personalidad y su forma de ser, iii) su propiedad reside exclusivamente en el adolescente como el titular del mismo, de forma que se requiere su autorización o la de sus representantes legales (padre, madre o adulto legalmente responsable) en caso que el adolescente no pueda emitir su consentimiento por enfermedad o incapacidad, d) su tratamiento está sujeto a una serie de principios en lo relativo a su captación, administración y divulgación para que no haya un uso o divulgación abusiva de los mismos en las redes de internet (Monsalve 2017).

Lo que se protege mediante las normas jurídicas a favor de los adolescentes, es la huella digital, que son aquellos datos que permiten la identificación de la persona de tal forma, que se pueda distinguir de otros individuos dentro de los circuitos de internet, para que esos datos no sean indebidamente recopilados, o sean usados para finales ilegales o se difundan de forma no voluntaria o sean tergiversados o falseados dentro de las redes globales de comunicación, generando daño a la honra, la dignidad, la integridad moral y la imagen social del adolescente (Rodríguez 2021).

La salvaguarda de los datos personales y la ciberseguridad no pueden excluirse de la discusión cuando se hace alusión a la irrupción de las nuevas tecnologías digitales, las cuales impactan sobre valores inherentes al ser humano que son extremadamente sensibles como el derecho a la privacidad (Miranda 2023).

A continuación, se va a hacer referencia a las normas colombianas que protegen el derecho a la privacidad de los adolescentes en las redes digitales.

2. NORMAS QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS ADOLESCENTES EN LAS REDES DIGITALES

2.1. Derechos y principios que incorpora la ley 1581 de 2012 dentro de internet

Frente a los riesgos que supone el uso del internet contra la integridad, preservación y protección de los datos de las personas, se estableció el derecho a la privacidad en el artículo 15 de la Constitución Política, con el fin que las personas pudieran tener una base jurídica para poder exigir que la información que se depositara en bases de datos públicas y privadas dentro de las que se encuentran las

redes online, pudiera ser suprimida, rectificada, corregida o actualizada, cuando fuese inexacta, falsa o versara sobre sus aspectos privados o hubiese sido divulgada sin el consentimiento de su titular (Rojas 2016).

Ahora bien, la norma constitucional fue insuficiente ante el advenimiento de los riesgos que representaba el uso de internet para la intimidad de los ciudadanos y por eso se hizo necesario que el Congreso de la República de Colombia, aprobara la Ley 1581 de 2012, cuya finalidad fue proteger los datos personales que los individuos ponen a circular dentro del tráfico online, de forma que no fuesen usados de manera indebida o para fines no autorizados. En dicha regulación además se contemplaron una serie de mecanismos para proteger la privacidad de las personas, cuando sus datos son divulgados sin autorización o se difunden con errores o injurias que no corresponden a la realidad.

El origen de esta legislación se fundamentó en el hecho que en múltiples actividades cotidianas y en distintos ámbitos, los ciudadanos entregaban una gama más o menos amplia de datos en las redes de internet y quedaban desprotegidos jurídicamente, pues no había una regulación que abordara la protección de la privacidad en los sitios web, donde los responsables de estos portales online podían disponer libremente de sus datos, recaudarlos y divulgarlos, sin que hubiese una legislación que pudiese controlar esa captación, administración y revelación de informaciones personales (Guío 2021).

El artículo 8 de la ley 1581 de 2012 establece una serie de derechos a favor de los adolescentes cuando son titulares de datos personales y ponen a circular sus informaciones privadas en sitios web, debiendo ser informados del tratamiento que se le va a dar a sus datos, que se garantice la obtención de su consentimiento previo para que sus datos puedan ser recopilados, procesados, usados o divulgados conforme a la finalidad por la que fueron recopilados. El adolescente debe poder conocer los datos que han sido recaudados sobre él en las bases de almacenamiento virtual y se debe garantizar que los pueda rectificar, suprimir o eliminar, cuando sean inexactos, erróneos o violen su derecho a la intimidad y además se debe asegurar que pueda actualizarlos cuando han sido objeto de cambios o modificaciones y ya no son los mismos que al momento en que fueron recopilados (Remolina 2021).

De forma detallada esta legislación contempla los siguientes derechos a favor de los adolescentes:

El derecho a conocer los datos depositados sobre ellos en las redes de internet

Se trata de la facultad que tienen los adolescentes de solicitar y obtener gratuitamente la información personal que dentro de las redes online se tiene sobre ellos, con el objetivo de determinar las acciones que se han realizado con esos datos y el destino que se les va a dar a lo largo del tiempo (Tejada 2021). Este derecho supone que el adolescente pueda conocer la finalidad con la cual van a ser administrados sus datos, los destinatarios a quienes van a ser comunicados o enviados y conocer el plazo en el cual se van a conservar esas informaciones dentro de las redes de internet, que por lo regular es por un tiempo considerable, ya que muchas veces el adolescente no tiene el control sobre la permanencia y la durabilidad de la información en el tiempo (Rodríguez 2021).

Este derecho permite que el adolescente pueda tener acceso a la información que tienen los portales web sobre él y saber cómo han sido procesados y tratados esos datos. También supone que se pueda conocer la finalidad con la cual van a ser administrados, los destinatarios a quienes se pretende comunicar estos datos y el plazo en el cual se van a conservan dentro de las plataformas de almacenamiento online (Remolina 2021).

Sobre este aspecto hay que señalar tal y como afirma Rubén Miranda (2023) que el derecho al acceso a las redes de internet para los niños, niñas y adolescentes, les abre un universo de posibilidades y simultáneamente aumenta la probabilidad de que tengan que enfrentar situaciones peligrosas, pues no puede dejarse de lado que hay riesgos puntuales contra su integridad personal como el ciberacoso, la expansión de discursos de odio, la pornografía, el grooming e incluso que pueden ser víctimas de explotación comercial.

Derecho a rectificar los datos que circulan de ellos en la red online

El segundo derecho hace alusión a la potestad de los adolescentes de exigir que se modifiquen sus datos que resulten ser inexactos, incompletos o deshonrosos, dentro de las redes de internet. Es una facultad que se ejerce con posterioridad al acceso o conocimiento, pues solo después que los titulares han conocido la información que reposa en los archivos online, es que pueden determinar si los datos consignados podían haberse recogido o son íntimos y no podían ser objeto de captación o divulgación. El derecho de rectificación se encuentra estrechamente ligado con la calidad o veracidad de los datos, bajo la perspectiva de garantizar que el tratamiento de esa información sea un fiel reflejo de la realidad y no se hayan

consignado informaciones erróneas, mendaces, calumniosas, falaces o que vayan en contravía de la integridad moral (Woolcott 2022).

Cuando un sitio web revela información contra la verdad o que violenta la privacidad de los adolescentes, éstos tienen la facultad de solicitar que se aclare o se corrija esa información, lo que obliga al administrador de esos datos a enmendar las falencias en su archivo web, el problema al que se enfrenta este derecho es que hay portales web que no cuentan con este mecanismo de respuesta ante posibles injurias y calumnias o son manejados por una inteligencia artificial que no está configurada para enmendar este tipo de información. El derecho de rectificación si bien no busca sancionar o imponer una indemnización a cargo del agresor, tiene la ventaja de impedir que los efectos producidos por la información inexacta, incompleta o calumniosa o que desconoce la intimidad, se prolonguen en el tiempo, evitando que estos datos irregulares que se encuentran en la web, se sigan considerando como acontecimientos reales por parte de la sociedad.

Sobre este aspecto es importante retomar al autor Morillas (2013) quien señala que los niños y adolescentes deben tomar conciencia que cuando comparten información o imágenes personales en las redes de internet, pueden poner en riesgo su privacidad y su seguridad personal y por esa razón para evitar tener que acudir a procedimientos de rectificación, deben tener medidas de autocuidado con el contenido que transmiten en sus redes sociales.

Esta falta de autoconciencia al momento de publicar los datos en las redes de internet, para luego tener que exigir su rectificación, ha sido descrita por Miranda (2023) quien argumenta que cuando los menores comparten información de forma pública en línea, a través redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, lo pueden estar haciendo sin ningún tipo de limitación o reflexión previa y sin detenerse a pensar en la finalidad de dicha acción, lo que puede generar consecuencias negativas.

Derecho a la supresión o eliminación de datos que se trasmiten por vía online

Hace alusión al derecho de los adolescentes de solicitar que se borren o se eliminen datos que se encuentran en las redes de internet por violar su privacidad o si ha expirado el plazo para su conservación o si ya se cumplió la finalidad para la que fueron recopilados y divulgados a nivel virtual. Un aspecto fundamental de esta facultad es que incorpora el “derecho al olvido”, el cual prohíbe la conservación indefinida de datos personales después que hayan desaparecido las causas que

justificaron su acopio y administración por parte los responsables de los sitios web (Remolina 2021).

Con este derecho, el adolescente puede pretender solicitar la eliminación de los datos personales que se han depositado sobre él por vía online, porque ya no son necesarios para el cumplimento de las finalidades para las cuales fueron recogidos, ya sea porque se retiró el consentimiento, no existe base legal para el tratamiento del mismo, cuando no corresponden a la realidad de su titular o cuando su recaudo o registro se efectuó o se reveló de forma ilícita, vulnerado su derecho a la privacidad (Cárdenas y Herrera 2018). Frente a la eliminación de datos que hayan violentado la intimidad del adolescente, el problema es que administrador del sitio web no tenga la voluntad de borrar la información, no haya un mecanismo de eliminación de esas informaciones en el portal online o se trata sitios web extranjeros donde la competencia de las normas colombianas no es aplicable (Tejada 2021).

Un ejemplo típico de esta situación donde se pretende la eliminación de los datos puestos a circular en el tráfico online, lo ilustra el autor Miranda (2023) cuando los adolescentes comparten sus datos e imágenes íntimas en internet con un adulto que se hace pasar por otro menor de edad o que gana su confianza, pero cuando comunican estas informaciones personales, el adulto al otro lado de la pantalla les hace “grooming” para exigirles más fotos o vídeos íntimos, los cuales por lo general terminan publicándose en las redes sociales ante la negativa del menor de seguir enviando este tipo de contenido privado.

En este caso el adolescente queda severamente expuesto a nivel psicológico con la exposición de las imágenes que hace su agresor y puede exigir la supresión o bloqueo del material que ha sido puesto a circular en las redes de internet, pero la publicación de este contenido íntimo, mientras no pueda ser eliminado, origina consecuencias devastadoras para su vida y su desarrollo, causando daños físicos, emocionales y psíquicos (Miranda 2023).

Derecho a actualizar los datos que se encuentran en la red virtual

Este derecho supone que el adolescente pueda exigir una renovación de las informaciones que se encuentran en los portales web que hagan referencia a su persona. El ejercicio de este derecho busca poner al día, el contenido que figura en las redes virtuales, para evitar que la información que circula en los portales web se encuentre rezagada, sea inoportuna o no sea consecuente con la realidad (Tejada 2021).

La actualización es por esencia ex post a la rectificación o la eliminación de los datos que han violentado la privacidad o que son falaces, erróneos o injuriosos, permitiendo que posteriormente se presenten los siguientes escenarios en las redes de internet:

• La inclusión de nuevos datos, después que el responsable del portal web haya corregido la información incompleta o errónea del adolescente.

• La sustitución de la información negativa por datos positivos que beneficien al adolescente y que restauren su imagen y honor (Puello 2020).

Los principios que contempla la ley 1581 de 2012 son los siguientes:

Principio de finalidad

Significa que la utilización de los datos de los adolescentes en las redes de internet debe sujetarse a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. Ello supone que no es procedente la recopilación de informaciones por vía virtual, sin que se establezca el objetivo de su recaudación, procesamiento y divulgación. La finalidad tiene un componente temporal, pues la conservación de los datos personales no puede exceder del tiempo necesario para alcanzar la necesidad por la cual se han recaudado. Además, hay un componente material, que exige que los datos recaudados sean los estrictamente necesarios para las finalidades perseguidas dentro del tráfico online (Martín 2020).

Principio de veracidad

Los adolescentes tienen derecho a que la información que se deposite de ellos en las redes de internet, sea veraz y certera, de modo que no está permitido el tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan al error dentro de los portales web. Con ese principio se busca evitar que circulen por redes, informaciones falaces, inexactas, mendaces, calumniosas o que violen la privacidad, causando daños o perjuicios morales (Rodríguez 2021).

Principio de seguridad

Obliga a los portales web para que establezcan medidas tecnológicas para evitar la pérdida, adulteración, uso, acceso o consulta no autorizada o fraudulenta de los datos relacionados con los adolescentes (Remolina 2021). Ello implica el deber de los responsables de administrar estos sitios web, de protegerse contra riesgos como el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático (Tejada 2021). Sobre este aspecto hay que señalar que un elemento fundamental de la seguridad de los datos, es la auto prevención o el auto cuidado,

pues los menores pueden compartir la información privada por su propia cuenta en las redes de internet, pero también pueden ser objeto de exposición por parte de otrose incluso, por sus propios padres, quienes pueden llegar a publicar detalles sobre la vida del menor con individuos desconocidos, actuando de una forma que vulnera el uso seguro de las redes de internet (Miranda 2023).

Principio de acceso y circulación restringida:

Hace alusión a que toda actividad de tratamiento y administración de datos personales está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de almacenamiento y por el principio de finalidad, de manera que se prohíbe su divulgación indiscriminada y su utilización para propósitos diferentes de los autorizados por su titular. Este principio se cumple de forma muy escasa en los canales online o de internet porque no solo no se informa que los datos de los usuarios pueden ser recopilados, procesados o incluso publicados por los administradores de sitios web, sino que además se destinan para fines que no fueron consentidos (Galvis 2019).

Principio de transparencia

Hace referencia a que el adolescente pueda acceder en cualquier momento y sin restricciones a la información que sobre él reposa en los portales web. Es una garantía a partir de la cual, el adolescente debe obtener la información de sus datos cuando lo estime conveniente, para que pueda vigilar su tratamiento y analizar si se le está dando un uso lícito y debido, que no vulnere su privacidad (Remolina 2021). En las redes online, no se suele informar los datos que se tienen de las personas y no se concede al adolescente la posibilidad que puedan acceder a los mismos, de lo cual se deriva que algunos administradores web, hacen un manejo indebido de estas informaciones personales (Cabezas 2023).

2.2. Protección legal de la ley 1098 de 2006 en el tráfico online

El eje fundamental de la ley 1098 de 2006 para proteger la privacidad de los adolescentes en las redes de internet, es su valoración como sujetos de derecho con discernimiento y voluntad para tomar sus propias decisiones, con el constante acompañamiento de sus padres o tutores legales y a partir de esa consideración como sujetos capaces y conscientes, es que se establece que para recaudar, procesar y divulgar los datos personales de los adolescentes, debe contarse con el consentimiento previo, expreso, inequívoco e informado de los mismos. Este

consentimiento debe ser antecedente, es decir antes que los sitios web recauden sus datos y debe mediar aceptación expresa y clara de los usos que se le va a dar y al período en el cual el responsable del sitio web puede tener el dato en su poder, requiriendo siempre la autorización del adolescente para su divulgación o circulación (Guío 2021).

Sobre la protección de los menores por parte del sistema legal, es importante retomar a Miranda (2023) quien señala que debe existir un equilibrio entre los derechos de los que son titulares los menores y la autoridad de sus padres y tutores, en lo atinente a la privacidad de las comunicaciones, la libertad de expresión y el acceso a la información.

El artículo 33 de la ley 1098 de 2006 establece que los adolescentes tienen derecho a que se proteja su intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia ilegal o arbitraria en su esfera privada, la de su familia, domicilio y sus comunicaciones, especialmente aquellas que se depositan en aplicaciones o redes virtuales (Guevara 2021).

En los artículos 7, 8 y 9 de la ley 1098 de 2006 se consagra que en virtud del interés superior, la protección integral y la prevalencia de los derechos de los adolescentes, el derecho a su intimidad cuando ha sido claramente vulnerado, tiene preeminencia por encima del derecho a la libertad de expresión de los portales web, quienes tienen limitaciones al momento de divulgar imágenes, grabaciones, vídeos o documentos que puedan poner en riesgo la privacidad, la integridad moral y la dignidad de los adolescentes (Galvis 2019).

Ahora bien el artículo 11 permite que los adolescentes puedan ejercer los derechos establecidos en la ley 1581 de 2012, para lo cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que es la entidad pública encargada en Colombia de defender a esta población juvenil, puede coadyuvar con defensores de familia a que interpongan los mecanismos que sean competentes para que se reestablezca su derecho a la privacidad, cuando fue violentado por sitios web que recaudaron, procesaron y divulgaron sus datos personales sin su consentimiento, causando graves daños morales a nivel personal y familiar (Cabezas 2023).

Los mecanismos que contempla la Constitución Política y la legislación colombiana, que pueden ser invocados por los adolescentes, cuando son vulnerados en su privacidad en las redes de internet y que también pueden ser interpuestos por sus padres o por los defensores de familia que actúan como representantes de sus

intereses y con fundamento en el deber de corresponsabilidad familiar e institucional que consagra el artículo 10 de la ley 1098 de 2006, son los siguientes.

La consulta: se trata de un instrumento que permite que los adolescentes puedan acceder a los datos personales que se encuentran archivados en los sitios web, donde pueden verificar si la información es completa y veraz o por el contrario evidenciar si los datos registrados se encuentran alterados o no corresponden a la realidad. Con este mecanismo se puede determinar la clase de datos que han sido recaudados por el responsable del portal web, la finalidad con la cual fueron recaudados y almacenados, la política de tratamiento que se emplea con ellos y si el procesamiento de esa información es manual o automatizado y si se está desarrollado de forma legal y respetando el ordenamiento jurídico (Tejada 2021).

Este mecanismo puede ejercerse por el adolescente titular de los datos que debe acreditar su identidad o por sus representantes legales, quienes deben demostrar esa calidad ante el responsable que ha recaudado y procesado la información personal y además puede ser interpuesta por abogados, siempre y cuando acrediten el poder debidamente suscrito para defender los intereses del adolescente. La elevación de la consulta debe formularse ante el administrador del sitio web, siempre y cuando se pueda mantener prueba su interposición, de forma que así haya un mecanismo que permita el acceso a la información a la base o archivo correspondiente, si no hay modo que la persona pueda tener por acreditado que realizó ese trámite, no podrá validarse jurídicamente ese mecanismo de accesibilidad a los datos personales (Guío 2021).

La consulta debe contestarse en un término máximo 10 días hábiles contados a partir de la fecha de su recibo por parte del responsable del sitio web, pero si no es posible que se surta dentro de este período, se informará al adolescente, expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se atenderá su petitorio. Luego que se efectúa la consulta, por lo general ya es posible determinar si el contenido que posee el sitio web, viola la privacidad del adolescente o no y partir de allí se puede formular una reclamación para exigir la supresión, rectificación o eliminación de estos datos si violentan su esfera privada o fueron obtenidos sin su autorización.

La reclamación: permite que el adolescente, sus padres o el defensor de familia, formulen una solicitud dirigida al responsable del tratamiento de los datos en el sitio web, si es identificable, donde consten los hechos que se consideran violatorios de la privacidad y se presenten las pruebas del mal tratamiento de los datos, con el

fin que se eliminen o supriman los datos erróneos, injuriosos o contrarios a la imagen y la reputación personal (Puello 2020).

Este mecanismo tiene una naturaleza dependiente, pues por lo regular requiere que el adolescente haya ejercido previamente su derecho a conocer mediante la consulta, los datos que se encuentren depositados sobre él, en las bases de almacenamiento públicas o privadas, pues solo así es posible conocer si es necesario solicitar la supresión, rectificación o actualizar su información personal (Guevara 2021).

Con este medio se protege el derecho a la autodeterminación informática ya que permite que a partir del conocimiento que las personas tengan de sus datos contenidos en bases de archivo, puedan exigir ante el responsable, que borren datos inexactos o falaces, que se proceda a realizar un reajuste o cambio cuando se trata de información deshonesta o que no guarda correlación con la verdad, que se supriman o se excluyan datos que fueron divulgados sin autorización y que se actualicen informaciones que no son veraces (Monsalve 2017).

La reclamación se encuentra establecida en el artículo 15 de la ley 1581 de 2012 e implica la formulación de una solicitud dirigida al responsable del tratamiento de los datos, identificando al titular, los hechos que se consideran violatorios del habeas data, la dirección, y los documentos que se pretenden hacer valer en el procedimiento, de lo contrario si no se verifican todos estos requisitos es posible que sea rechazada. Este instrumento jurídico se eleva ante el responsable del sitio web si es identificable y debe ser respondida en máximo 15 días contados a partir del día siguiente a la fecha de su recibo y allí el encargado del portal online decide si retira o no, los datos que el adolescente consideran que son violatorios de su privacidad (Tejada 2021).

Una vez que es agotada la consulta y el reclamo ante el responsable del sitio web, se abre el espectro jurídico para interponer un *petitorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio* que es el organismo público que en Colombia permite vigilar la protección de la privacidad, para que ordene una rectificación, corrección o retiro de las informaciones que atentan contra la intimidad, o para que se inicie una investigación administrativa por el incumplimiento de las políticas que protegen la esfera privada de los adolescentes (Woolcott 2022).

Para aceptar el petitorio para la protección de la privacidad de los adolescentes, el mismo debe contener los nombres y apellidos completos del solicitante, con

indicación de sus documentos de identidad, su dirección física o electrónica, el objeto de la petición, las razones que la sustentan y los documentos para probar la validez de su solicitud. La Superintendencia de Industria y Comercio impulsa una gestión integral de datos en las personas naturales o jurídicas, con el fin que faciliten la incorporación de procedimientos internos dirigidos a atender los reclamos de los titulares de informaciones personales y que garanticen la introducción de protocolos de rendición de cuentas para que las autoridades competentes puedan verificar el cumplimiento de los objetivos tutelares establecidos en la legislación de protección de datos (Cabezas 2023).

La petición se debe resolver dentro de los 15 días siguientes a su fecha de radicación, si la solicitud está incompleta, se requerirá al peticionario para que dentro de 10 siguientes a la fecha de radicación la complete, de no hacerlo se entenderá desistido el petitorio para demandar la protección de la privacidad ante esa autoridad administrativa (Peláez y Riascos 2020). La Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer multas, cuando se logre comprobar que hubo un desconocimiento del consentimiento de los adolescentes para el tratamiento de su información personal (Tejada 2021).

Después de interponerse y resolverse el petitorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio y que esta acción administrativa no haya sido suficiente o eficaz para proteger la privacidad de los adolescentes, se abre el horizonte para interponer una acción judicial, cuando ya se han agotado todos los medios ordinarios para exigir la protección de este derecho (Colorado 2021).

Este mecanismo judicial es la *acción de tutela*, que es un amparo contemplado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia mediante el cual de forma subsidiaria, se puede exigir a un juez constitucional que expida alguna de las siguientes órdenes a favor de los adolescentes que hayan sido afectados en su privacidad dentro de las redes online:

• Que se pueda conocer el contenido de las informaciones que se han depositado sobre ellos en el portal web demandado.

• Que se modifiquen o reajusten sus datos cuando no correspondan con la realidad dentro del sitio virtual.

• Que se ordene la supresión o eliminación de datos cuando sean abiertamente falsos, erróneos, deshonrosos o calumniosos o violen su privacidad.

• Que los datos se pongan al día, cuando sean informaciones obsoletas o que han quedado rezagadas en el tiempo por parte del responsable del sitio web (Rodríguez 2021).

El amparo constitucional o la tutela procede cuando el adolescente afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para proteger su derecho a la privacidad en las redes de internet, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues comúnmente los mecanismos judiciales de defensa contemplados en la ley se consideran como medios que tienen un carácter preferente, a los que debe acudir la persona en búsqueda de la protección efectiva de sus datos personales (Colorado 2021).

El juez constitucional tiene 10 días para resolver la tutela interpuesta y determinar si procede a ordenar que los datos de los adolescentes deban rectificarse, modificarse, eliminarse o actualizarse por parte de los responsables del sitio web, concediendo 48 horas para que se cumpla esa orden o de lo contrario el adolescente, sus padres o el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, puede interponer un incidente de desacato contra el titular de la página web para que cumpla lo ordenado y se proceda a proteger la privacidad del adolescente, so pena de ser objeto de un arresto de 3 días por su incumplimiento (Cabezas 2023).

2.3. Fines de las normas que salvaguardan el derecho a la privacidad de los adolescentes

La Ley 1581 de 2012 tuvo como finalidad proteger el derecho a la autodeterminación informática y la privacidad de las personas en general, entre ellos los adolescentes, dándoles la posibilidad que puedan conocer los datos que sobre ellos se encuentran depositados o registrados en las redes de internet, permitiendo que mediante una reclamación, un petitorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio o la interposición de una acción de tutela ante el responsable del sitio web, se supriman o rectifiquen datos inexactos o falaces, que se proceda a realizar un reajuste cuando se comprueba que el portal web tiene información deshonesta, inauténtica o que no guarda correlación con la verdad o que se hayan divulgado sin autorización, datos como vídeos, grabaciones, imágenes o documentos que violenten su derecho fundamental a la privacidad (Guevara 2021).

Esta legislación permite que los adolescentes puedan conocer los diferentes mecanismos jurídicos mencionados, si los datos que reposan en estos portales o sitios

web, fueron procesados y tratados de forma abusiva o ilegal, si fueron extraídos o sustraídos del dominio de su propietario sin su autorización, si se trata de datos o falsos que deben ser objeto de rectificación o si afectan su derecho a la privacidad, especialmente cuando se comprueba que los sitios web tienen dentro de su contenido registros personales, fechas, direcciones, lugares o imágenes o vídeos sensibles, cuyo tratamiento y divulgación puede entrar en grave conflicto con la reputación, el honor y la integridad moral de los adolescentes (Remolina 2021).

El objetivo de la Ley 1581 de 2012 es que haya una salvaguarda de los datos de los adolescentes cuando son recopilados, procesados o difundidos dentro de los sitios web, protegiendo los aspectos íntimos o privados que permiten que sean individualizados en la sociedad, evitando que se divulgue o se use de manera abusiva sus datos sensibles, o su imagen dentro del tráfico online, sin haber obtenido previamente su consentimiento claro, manifiesto y preciso (Galvis 2019).

Esta legislación busca regular toda la actividad de tratamiento y administración de datos personales por parte de los adolescentes que ponga en riesgo su privacidad, para sujetarla a límites específicos determinados, de forma que los responsables de los sitios web eviten su divulgación indiscriminada y su utilización para propósitos diferentes de los autorizados por su titular adolescente (Tejada 2021).

Esta ley de protección de datos personales busca que los adolescentes tengan ciertas garantías mínimas para acceder al internet desde ordenadores o dispositivos móviles o fijos ubicados en Colombia, pues cuando estos acceden a una red virtual tienen la expectativa razonable –en virtud del derecho a la intimidad- de que la información que comparten a través de internet está cobijada por mecanismos de protección, garantizándose un nivel de privacidad de los datos compartidos de acuerdo con la naturaleza y el contenido de los mismos. El propósito es que la información de los adolescentes no va a ser inapropiadamente utilizada, lo cual supone que su almacenamiento y destinación, necesariamente temporales, se limitará a la recolección de datos precisos, veraces y completos que no violen su privacidad y que resulten relevantes para los fines de información para los que fueron solicitados, sin que se pueda tergiversar o cambiar los objetivos para los cuales fueron recaudados (Martín 2020).

Por otra parte, la Ley 1098 de 2006 tiene como fin que los adolescentes se les respete su capacidad decisional para proteger sus datos personales en las redes de internet y que puedan usar la consulta, la reclamación, el petitorio ante la

Superintendencia de Industria y Comercio o la acción de tutela para salvaguardar su privacidad cuando haya sido conculcada por el responsable de un sitio o portal web, debidamente identificado y precisado (Colorado 2021).

Esta legislación tiene como eje, la protección de la privacidad de los adolescentes, buscando que el tratamiento de datos que depositan en el internet, sea consentido y voluntario, que haya una prevalencia de sus derechos a la honra, dignidad e imagen personal por encima de la libertad que se maneja dentro de las redes online, que haya una corresponsabilidad en la protección de sus datos por parte de sus padres y los defensores de familia y que haya un acompañamiento, que sin desconocer su autonomía y su voluntad como sujetos de derecho, les permita interponer las acciones jurídicas y administrativas necesarias contra los responsables de sitios web que obtengan o divulguen sus datos personales sin su autorización (Woolcott 2022).

La Ley 1098 de 2006 reconoce a los adolescentes como seres capaces y conscientes para ejercer su derecho a acceder a la información que sobre las mismos está recopilada dentro de las redes de internet, dándoles la posibilidad que puedan conocer si sus datos depositados en la web, son fidedignos, completos y veraces y no son violatorios de su privacidad, siendo fundamental para esta legislación, el rol del consentimiento de las personas para la recepción, procesamiento y revelación de sus datos a efectos de determinar si eventualmente pueden exigir la eliminación, rectificación, corrección o actualización de sus datos en el tráfico online (Rodríguez 2021).

3. FALENCIAS O VACÍOS DE LAS LEYES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS ADOLESCENTES EN LAS REDES DIGITALES

3.1. Rezago de las normas para proteger la privacidad de los adolescentes frente a los nuevos avances de internet

De acuerdo con Remolina (2021) las leyes 1098 de 2006 y 1581 de 2012 se han quedado rezagadas frente a los riesgos que supone el uso de internet para la privacidad de los adolescentes, pues con las nuevas tecnologías, los datos que se depositan por vía online pueden ser objeto de recopilación o procesamiento en contra de la voluntad del adolescente, mediante cookies o mecanismos de recaudo automático de información, sin que ello esté regulado en ninguna de las dos normatividades. Desde esa óptica, datos como imágenes, vídeos, grabaciones y

mensajes de texto, pueden ser sustraídos y apropiados por terceros mediante la instalación de virus informáticos para fines no deseados o ilegales como el fraude, la suplantación de identidad o su divulgación no autorizada, lo cual puede ocurrir de la forma más imprevista posible y no hay herramientas jurídicas eficientes que permitan recuperar rápidamente la información sustraída o extraída ilícitamente, con el consecuente daño a la intimidad para quien pierde su información personal.

Igual sucede cuando los portales o sitios web que han violentado el derecho a la privacidad se encuentran ubicados o tienen su dirección IP en jurisdicciones extranjeras, en la medida que los jueces y los operadores jurídicos colombianos se pueden ver limitados o incluso imposibilitados de exigir la supresión de datos sensibles cuando la conculcación del derecho se ha hecho por fuera de la jurisdicción colombiana, pues ello implicaría aplicar extraterritorialmente la legislación nacional y ordenarla eliminación o la exclusión de esos datos en redes globales de información, cuyos responsables no reconocen la jurisdicción colombiana como válida para que se les exija tener que suprimir su contenido, rectificar sus datos o tener que retirar material digital que pudo haber conculcado la esfera privada de los adolescentes, al considerar que los jueces y los operadores jurídicos colombianos no tienen competencia para ordenar la eliminación o la derogación de su contenido (Puello 2020).

Sobre este aspecto, el profesor Miranda (2023) sostiene que las legislaciones actuales, como en este caso la colombiana, no son lo suficientemente efectivas para prevenir o sancionar la exposición de los menores a las tecnologías digitales ni tampoco para controlar su acceso.

La normativa interna sobre privacidad pretende que se respete la voluntad de las personas para recaudar sus datos, que sean usados para finalidades legales y autorizadas y que no se difundan sin el consentimiento de sus titulares, sin embargo el problema que se plantea es que hay una laguna jurídica en la regulación de los datos personales tanto a nivel nacional e internacional frente a la información que se recoge de las personas en internet, en la medida que no se contempla un mecanismo ágil y expedito que permita que se supriman, eliminen, rectifiquen o actualicen datos que se encuentran online, ya que estos navegadores tienen su jurisdicción en otros países o hay imposibilidad fáctica para que puedan ser borrados de las redes online, siendo la legislación nacional insuficiente para proteger los derechos de las personas que depositan sus datos en internet (Remolina 2021).

Hay una laguna jurídica en la protección de la esfera privada, frente a la información que se deposita en internet, situación que no fue regulada de manera suficiente por la normativa nacional, lo que genera que esos datos pueden quedar en manos de manos de sujetos no autorizados y no hay una solución legal expedita y ágil que permita el retiro, corrección o eliminación de esa información, que suele ser usada para fines no consentidos o ilícitos (Puello 2020).

Frente a esta realidad el ordenamiento jurídico está quedando rezagado, debido a los riesgos que supone el uso del internet contra la integridad, preservación, privacidad y protección de los datos de las personas, que comienzan a circular sin control en toda la web, empezándose a vislumbrar conductas como fraudes financieros o suplantaciones de identidad, revelación de imágenes o vídeos muy sensibles o ataques informáticos que pueden alterar los sistemas de los ordenadores o computadoras, ocasionando la revelación de datos a gran escala sin autorización, que pueden afectar sustantivamente a las personas y que es muy complejo eliminar en la medida que permanecen anclados en la red online a nivel global (Woolcott 2022).

Las normas nacionales son débiles frente a la aparición de las redes de internet porque no se garantiza que los responsables de las páginas web que recaudan y procesan los datos tengan que dar a conocer como manejan y procesan la información de los usuarios y los fines bajo los cuales utilizan sus datos, tampoco se garantiza que pueda haber enmienda de informaciones erróneas o injuriosas o que haya formas de retirar la divulgación de datos íntimos o confidenciales que se hayan puesto en circulación por error o por hackeo informático. Adicionalmente no hay ninguna una autoridad o entidad supranacional o con jurisdicción global que permita contrarrestar los abusos que suceden en el ciberespacio, cuando los responsables de portales web que cometen las conductas contra la privacidad se encuentran en el exterior y se recaudan los datos de los usuarios sin su consentimiento o para fines no autorizados, se hacen operaciones indebidas o ilegales con esas informaciones personales o se divulga su contenido dentro del ciberespacio sin haber recibido el permiso del titular, lo que produce afectaciones a la honra, el buen nombre y la dignidad de quienes son impactados por esas revelaciones inconsultas a nivel mundial (Tejada 2021).

La legislación colombiana se encuentra atrasada y es poco eficiente para proteger a los adolescentes en el manejo de sus datos, pues en esta normatividad se contemplan solamente los derechos al acceso, rectificación, supresión y actualización, pero no se garantiza que los adolescentes puedan oponerse al tratamiento de sus

datos, siendo entonces estos mecanismos de carácter ex post, es decir, que solo tienen su funcionalidad cuando ya se ha presentado la violación a la privacidad. Si se contemplara dentro del orden jurídico interno el derecho a la oposición a la recaudación y procesamiento de los datos, se podría demandar administrativa y judicialmente a los sitios web por no contener esta opción, evitándose que se recaudaran y procesaran datos personales de modo inseguro e irresponsable (Peláez y Riascos 2020).

Si en Colombia existiese el derecho a la oposición de los datos, sería deber del responsable del sitio web que los custodia y los administra, darlos de baja de su base de almacenamiento, cancelándose las informaciones con una simple solicitud escrita o por medios virtuales. El adolescente puede oponerse al tratamiento de datos sensibles como edad, nombre, domicilio, convicciones filosóficas, políticas, orientación sexual, raza y religión sobre las cuales guarda una titularidad prevalente dentro de las redes de internet (Puello 2020). Con el derecho a la oposición, el adolescente puede impedir que sus datos sean automáticamente utilizados para realizar perfiles de mercadotecnia o para su categorización como usuarios, pero lamentable este derecho no existe dentro de la legislación colombiana, por lo cual cuando se formula una reclamación para retirar datos personales que han sido recopilados sin haberse obtenido el consentimiento para su recopilación y tratamiento, solo queda la posibilidad de exigir su supresión, con el daño que esto genera, mientras los datos continúan circulando en internet, hasta que puedan ser excluidos (Tejada 2021).

Ahora bien, dentro de la regulación colombiana no se contempla tampoco una indemnización a favor del adolescente que resulte afectado con la violación de su privacidad, sino que solo hay posibilidad de pedir que se elimine o rectifiquen las informaciones calumniosas, injuriosas o que violentan su esfera privada. De esta forma todo adolescente que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de una revelación inconsulta de actos que pueden vulnerar su privacidad, no puede exigir del responsable de la administración de ese sitio web, una indemnización por el perjuicio sufrido. Ni en la Ley 1581 de 2012 ni en la Ley 1098 de 2006, este derecho se contempla, pues los proveedores virtuales solo están obligados a dar conocer, suprimir o rectificar los datos personales de los adolescentes colombianos, sin que tengan que reembolsar una indemnización por los daños causados cuando algún sitio web divulga datos sensibles o muy íntimos en las redes de internet. Ello es

particularmente grave, puesto que los sitios web que recopilan información de los adolescentes, pueden escudarse en este vacío legal para no tener que responder económicamente cuando han manejado de forma irresponsable sus datos personales y han permitido que se violente su privacidad (Cabezas 2023).

Por otra parte, la regulación nacional se ha quedado rezagada frente a las amenazas avanzadas de virus informáticos que se apropian de la información de los adolescentes y que no tienen jurisdicción, sin que sea posible identificar al responsable que los impulsa o los promueve dentro de las redes de internet. Ello es así, porque la obligación de seguridad de conformidad con el orden jurídico actual se encuentra en gran parte en manos de los proveedores de servicios de internet, quienes no garantizan sistemas de cortafuegos o antivirus eficaces para evitar que terceros no autorizados puedan acceder y disponer de los datos personales. En la legislación nacional prácticamente se obliga a los adolescentes a tener que garantizar la seguridad e indemnidad de sus propios datos, debiendo adquirir antivirus por su propia cuenta para tutelar su seguridad informática. Los antivirus más eficientes son costosos y por lo regular los proveedores de internet no están dispuestas a sufragarlos, dejando recaer la responsabilidad de la custodia de esas informaciones al propio adolescente que debe adquirir el servicio conforme a sus recursos económicos y familiares (Colorado 2021).

Adicionalmente no se asegura que los responsables de los sitios web, adopten medidas, preventivas especiales o intensivas cuando realizan tratamientos informáticos de los adolescentes a gran escala ni tampoco se les obliga a diseñar códigos de conducta que aseguren un adecuado manejo de los datos y mucho menos a nombrar delegados especiales que protejan los datos de esta población juvenil depositados en sus bases de almacenamiento (Martín 2020). Adicionalmente dichos proveedores no están obligados a comunicar a los adolescentes cuando han sido objeto de ataques cibernéticos o cuando sus bases de datos han sido filtradas. Por otro lado la naturaleza de las redes globales de información, dificulta que pueda garantizarse la indisponibilidad o custodia absoluta de los datos que son depositados por los adolescentes en las redes internet, pues estos datos “viajan” por fuera de sus fronteras, ya que esas informaciones se transmiten a velocidad de la luz dentro del mundo virtual, sin que pueda prevenirse totalmente su apropiación o manipulación indebida por parte de terceros o su uso inadecuado o abusivo (Woolcott 2022).

Por otra parte, los adolescentes puedan considerar vulnerado su derecho a la privacidad, y usar las herramientas de consulta, reclamación, supresión o retiro para que el contenido que afecta su intimidad sea expulsado de las redes de internet, pero no hay que olvidar que por la evolución de la tecnología digital, existen sitios web que se encuentran funcionando totalmente con inteligencia artificial, siendo entonces imposible que se pueda proceder a cambiar la información depositada en ese tipo de portales online, pues se trata de mecanismos automatizados o robóticos que no se encuentran configurados para el restablecimiento de los derechos establecidos en la Ley 1581 de 2012 (Cárdenas y Herrera 2018).

El uso incorrecto de la inteligencia artificial en las redes de internet puede violar los derechos humanos, especialmente el derecho a la privacidad, que hace parte del desarrollo de la libre personalidad, por el uso masivo de datos que implica este tipo de tecnología digital, generándose entonces un riesgo claro y concreto para los derechos de los adolescentes (Miranda 2023).

3.2. Falta de herramientas legales efectivas para conocer los datos que recopilan y conservan los sitios de internet sobre los adolescentes

Las leyes 1098 de 2006 y 1581 de 2012 no tuvieron en cuenta que puede haber sitios web que carecen completamente de mecanismos para que los adolescentes puedan consultar como se están recopilando, administrando o manejando su información personal y si el sitio web está ubicado en una jurisdicción externa, ni siquiera con una orden de un juez constitucional de tutela o de la Superintendencia de Industria y Comercio, se puede saber qué datos tienen sobre las personas y menos cuando no hay ninguna ventanilla o botón en esos portales web que permita dar a conocer el tratamiento que se le da a las informaciones personales de los adolescentes (Guío 2021).

Los sitios online pueden carecer completamente de ventanas que permitan a los adolescentes manifestar su inconformidad, cuando se han dado cuenta que sus datos no se están utilizando adecuadamente o comprueban que se han recaudado su información personal sin autorización o se han divulgado sin consentimiento, en la medida que los creadores o desarrolladores de estas páginas web no les conceden mecanismos a las personas para que puedan conocer suprimir, rectificar, reajustar o actualizar la información que se encuentra en sus bases de almacenamiento virtual (Woolcott 2022).

En ese orden de ideas hay ausencia de instrumentos legales para exigirles a los proveedores de internet, el derecho a conocer cómo se están administrando y registrando los datos de los adolescentes y el uso futuro que se les va a asignar, es decir si los datos van a ser empleados para otros fines diferentes a los que fueron recaudados y procesados, como el envío de publicidad, perfilación o van a ser cedidos a otros proveedores (Tejada 2021). Ello implica que la utilización de estos datos para la transmisión de propaganda, para su comercialización a terceros o para perfilar personas, constituye un acto violatorio a la intimidad, situación que no ha sido lo suficientemente delimitada dentro de la Ley 1581 de 2012 (Galvis 2019).

Cuando se busca proteger el derecho a la privacidad a través de mecanismos como la reclamación, la petición ante la Superintendencia de Industria y Comercio o una acción de tutela, debido a la existencia de datos erróneos, falaces, ilegales o que violen la intimidad o la privacidad, hay tensión con el derecho a conocer los archivos o documentos que los particulares tienen en su poder, pues en los portales web en muchas ocasiones no hay opción para saber si los datos que se suministran fueron recopilados y los usos que se les están otorgando, al igual que se conozcan los destinatarios a quienes se les está enviando esas informaciones en tiempo real. También se presentan dificultades por páginas web que permite recolectar información de los usuarios de manera automática y hay complicaciones para conocer los fines y el destino de esos datos recopilados (Monsalve 2017).

El derecho a conocer el tratamiento de los datos, frente a las redes de internet, presenta un problema, pues existe una falta de instrumentos para exigirles a los portales de navegación y a los creadores o administradores de sitios web, que muestren cómo están administrando y registrando las informaciones que los usuarios depositan y el uso futuro que se les va a asignar, es decir si los datos van a ser recaudados de forma automática mediante cookies, si va a haber un rastreo de las personas que ingresan a las páginas web, si la información de los usuarios va a ser objeto de recaudo en una base de datos o va a ser divulgada, así no haya consentimiento. Es muy común que dentro del ciberespacio no se informe como se van a utilizar los datos de los usuarios o con qué objetivo, a pesar de la existencia de múltiples medios como el correo electrónico, el mensaje o los anuncios directamente en el sitio web con los cuales se podría informar a la persona cuál va a ser el uso que se le va a dar a su información (Cárdenas y Herrera 2018).

Existe una falta de medios legales para exigirles a los portales de navegación y a los creadores o administradores de sitios web, que muestren como están manejando y almacenando las informaciones que los adolescentes depositan, es decir, si los datos van a ser recaudados de forma automática, si la información de sus titulares va a ser objeto de almacenamiento en una base de datos o va a ser difundida de manera masiva, aunque no haya permiso para ello. Es usual que dentro de los sitios web no se comunique como se van a usufructuar los datos de los adolescentes y luego se presenten sorpresas con el uso que se les da a estas informaciones personales que pueden terminar en manos inescrupulosas o ser exhibidas de forma imprevista en internet (Rojas 2016).

En ese sentido es importante que los responsables de los sitios web se pongan en contacto con los adolescentes, para informarles el tratamiento que les van a dar sus datos, garantizando la existencia de una plataforma de almacenamiento virtual que permita que los jóvenes puedan acceder en tiempo real a sus datos, sin mayores restricciones (Guevara 2021).

La legislación colombiana no tuvo en cuenta que existen portales de navegación o sitios web cuyos administradores no aceptan mostrar como recaudan, gestionan y procesan los datos de sus usuarios adolescentes, no permiten que las personas puedan acceder a sus bases de datos y no tienen mecanismos o simplemente son renuentes para retirar los datos almacenados, aunque su recopilación y tratamiento no haya sido autorizado, además tienen limitaciones para rectificar informaciones que sean equívocas o incorrectas o a retirar imágenes o informaciones que desconozcan la dignidad, el buen nombre, el honor o la intimidad de los adolescentes (Remolina 2021).

3.3. Ausencia de mecanismos jurídicos para eliminar o bloquear contenido que viola la privacidad de los adolescentes en las redes online

Hay que señalar que ni la acción administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ni la acción constitucional de tutela, pueden servir para eliminar o bloquear contenido que viola la privacidad de los adolescentes en las redes online, especialmente cuando la vulneración se produce a nivel mundial, pues se considera que las autoridades colombianas no tienen jurisdicción para bloquear o exigir la eliminación de los datos de los adolescentes en todas las redes de internet (Peláez y Riascos 2020).

Hay problemas para rectificar o eliminar información falsa, calumniosa o injuriosa en las redes de internet, pues a pesar que el adolescente afectado tenga la facultad de solicitar que se aclare o se corrijan esos datos conforme al sistema legal, lo que sucede es que hay portales web en los que no es posible asegurar que haya un responsable del sitio online que pueda proceder a cambiar la información depositada o puede ser un página de internet que funcione mediante inteligencia artificial y no sea posible exigir que se rectifiquen los datos originalmente depositados. Además, muchos portales de navegación no tienen mecanismos para exigir que se enmiende la información y los adolescentes quedan impedidos para poder exigir esta prerrogativa (Martín 2020).

Por otra parte, los responsables o administradores de las páginas web se excusan de suprimir o borrar los datos solicitados, porque la plataforma online se encuentra en el exterior y por lo tanto no hay una aparente jurisdicción que les exija reconvenir la información equivocada o privada que han divulgado o que tienen en su poder. Hay que agregar que en la Ley 1581 de 2012 no se consagraron procedimientos cuando lo datos son vendidos o comercializados, ni mecanismos expeditos para detener la divulgación de esos datos dentro de las redes virtuales (Guío 2021).

Por otro lado, si la información se filtró por virus informáticos o por negligencia de los responsables de los sitios web o los canales virtuales, es posible que la página web tenga un funcionamiento automático y por eso no sea posible demandar la eliminación del dato equívoco o que desconoce el derecho a la intimidad del adolescente. También es factible que el espacio online no tenga mecanismos que garanticen que se borren los datos falaces, calumniosos, injuriosos o contrarios a la intimidad. Los sitios web pueden tener un manejo independiente de la voluntad del ser humano y no responder a solicitudes de borrado o supresión de información por parte de los adolescentes (Rodríguez 2021).

Ahora bien aunque es claro que la Ley 1581 de 2021 le confirió derechos a los adolescentes para que puedan exigir la supresión de datos que no fueron consentidos dentro de las redes de internet, lo que ocurre es que dentro de las redes globales virtuales si bien es posible borrar informaciones erróneas, tendenciosas o violatorias de la intimidad, depositadas en la web, lo que sucede es que esos datos solo se eliminan parcialmente de la página de internet donde fueron enviados, o solo se bloquean dentro de la jurisdicción territorial colombiana, pero continúan vigentes en

toda la red global de información, de manera que el bloqueo de contenido no es una solución estructural, a la necesidad de que se borren o eliminen completamente los datos personales que los adolescentes depositan en internet, para que no se siga prolongado el daño a su dignidad e imagen, por la incapacidad de lograr un bloqueo total a nivel mundial de una publicación por parte de las autoridades colombianas (Rodríguez 2021).

Un aspecto adicional que hay que señalar frente a las dificultades para bloquear o eliminar contenidos que son violatorios de la privacidad de los adolescentes, es que en la Ley 1581 de 2012 no se establecieron tiempos obligatorios para que los proveedores de internet, los portales de navegación y los sitios web procedan a borrar y modificar una información calumniosa, injuriosa, errónea o que violente la privacidad, ni tampoco se establecieron procedimientos cuando lo datos son cedidos o transmitidos a terceros, ni mecanismos para impedir de forma inmediata que sigan circulando esos datos dentro de las redes virtuales, pues la transmisión de estos datos no autorizados al tráfico online, se hace una velocidad superlativa, mientras la protección que consagra la acción de tutela y la acción administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene un ritmo lento, sujeto a los avatares propios de los procedimientos estatales, donde no hay forma de frenar de manera inmediata, la transmisión o divulgación inconsulta de los datos personales de los adolescentes (Woolcott 2022).

Hay que mencionar que en la legislación colombiana no se reguló la situación para suprimir o bloquear datos violatorios de la privacidad de los adolescentes cuando se hayan filtrado por virus informáticos o por la acción de inteligencias artificiales que se apropien de su contenido, especialmente cuando la vulneración se produce a nivel mundial, pues los mecanismos que contempla la Ley 1581 de 2012 y la Ley 1098 de 2006 para exigir responsabilidad no son aplicables fácticamente cuando no es posible identificar de forma inequívoca al responsable de esos ataques cibernéticos de carácter criminal contra la privacidad, porque se trata de mecanismos automatizados y robóticos, que ni siquiera tienen origen en la jurisdicción colombiana, sino que vienen impulsados a nivel global por el avance de una tecnología vanguardista que funciona a partir de sistemas sofisticados que permiten que las páginas y los sitios web puedan auto regularse y manejarse ellos mismos de acuerdo a unas reglas de trato al cliente y de eficiencia en sus servicios, sin que sea posible identificar al responsable de esos portales online o que pueda exigirse a una persona natural o jurídica determinada que

responda por las conductas ilegales que violan la privacidad de los adolescentes (Guevara 2021).

Para Miranda (2023) la facilidad que supone la comunicación y el uso de internet impulsa un ambiente proclive para la comisión de conductas criminales como el acoso, la intimidación y las amenazas, que recaen en los menores de edad, quienes se constituyen en víctimas de múltiples abusos que, en palabras de Heras (2012) representan una intromisión ilegítima al derecho al honor. Situación que sumada al anonimato que ofrece el internet, facilita que los atacantes, no puedan ser identificados o que tengan múltiples identidades virtuales, lo que hace complejo localizarlos o ubicarlos (Miranda 2023).

4. RECOMENDACIONES PARA QUE LA LEY COLOMBIANA PROTEJA EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS ADOLESCENTES EN LAS REDES DE INTERNET

4.1. Establecer un procedimiento especial, preferente y expedito para los infantes y adolescentes que, a través un convenio entre el Estado y los portales de navegación, permita bloquear o retirar contenido que viole su privacidad

Uno de los ejes de la protección de los adolescentes es que se encuentra salvaguardados por el interés superior del menor a partir del cual es perfectamente posible darles un tratamiento privilegiado dentro de las leyes estatales, si es necesario para proteger sus derechos fundamentales, que en este caso es la posibilidad que puedan solicitar la rectificación, supresión o actualización de datos e informaciones que sean calumniosas, injuriosas o que violenten su intimidad, por no haber sido autorizada o consentida su publicación (Puello 2020).

En opinión de Miranda (2023) el interés superior del menor debe considerarse como un principio o guía de las agendas y políticas públicas que tienen como eje el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de forma que el Estado tenga como prioridad la obtención de su bienestar, evitando o previniendo que sus datos sean expuestos en internet de modo indebido, en la medida que este tipo de situaciones pueden socavar su autoestima y desarrollo.

Es por esta razón que se propone que dentro de la legislación colombiana se establezca un procedimiento diferencial, preferencial y ágil cuando se identifique que un niño o un adolescente ha sido afectado por la divulgación o publicación de un contenido dentro de las redes de internet que revele aspectos privados como sus

documentos de identidad, su lugar de residencia, dictámenes médicos, psicológicos o personales, imágenes corporales o vídeos o grabaciones donde se exponga su humanidad, para que se eleve una solicitud especial ante la Superintendencia de Industria y Comercio que no requiera que se realice una consulta o reclamación al sitio web y se tenga que esperar los 10 o 15 días siguientes para que haya una respuesta del portal online que tiene los datos del menor, sino que de forma inmediata se atienda por parte de la autoridad competente, el requerimiento del menor o de sus padres, para que se bloquee o se excluya el contenido que viola su derecho a tener una vida privada, libre de injerencias o divulgaciones inconsultas que afectan su reputación, su buen nombre y su integridad moral (Tejada 2021).

En este aspecto es importante que haya un equipo interdisciplinario en la Superintendencia de Industria y Comercio que atienda de forma prioritaria estos casos donde se encuentren involucrados adolescentes afectados por publicaciones que afecten severamente su honor y honra y que hayan sido obtenidas mediante la intromisión de virus informáticos, la efectuación de grabaciones o tomas de imágenes no permitidas o cuando hubo fuerza o una conducta delictual que haya obligado al menor a tener que exponer su integridad corporal o sus datos personales en las redes online (Galvis 2019).

En este caso ante la notoria violación del derecho a la privacidad del adolescente, lo fundamental es retirar o sacar de circulación el contenido injurioso, denigrante o indigno que se ha filtrado en el tráfico virtual y en ese orden de ideas, hay una prevalencia inmediata de sus derechos sobre la libertad de expresión o difusión de la que puede gozar el sitio web donde se han publicado las imágenes, datos o vídeos sensibles del menor (Guevara 2021).

Este interés prevalente parte de la base que el adolescente debe ser protegido de manera prioritaria de este tipo de amenazas y riesgos a su privacidad en las redes de internet, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de dignidad y honorabilidad y además sus derechos ante una situación que violenta su dimensión más íntima que debe permanecer bajo reserva del público, desplazan los derechos de las otras personas que pueden ser los titulares de los sitios web donde se haya publicado o difundido los datos, fotos o vídeos que le causan un daño moral al adolescente (Woolcott 2022).

De acuerdo con Miranda (2023) el concepto de interés superior del menor impulsa que las determinaciones adoptadas en su nombre se direccionen principalmente en su bienestar, brindándole apoyo emocional como orientación y límites adecuados, lo cual se concatena con la necesidad de establecer un trámite diferencial y ágil para que se protejan los más pronto posible sus derechos y se les dé el respaldo necesario, cuando han sido violentados por contenidos publicados en redes de internet que han desconocido su privacidad.

La protección que confiere un procedimiento especial y expedito para el adolescente o los infantes que han sido afectados por publicaciones en redes sociales, obedece una caracterización jurídica y social que le impone a la autoridad encargada de tutelar la privacidad de los datos personales, la obligación de dar un trato acorde con esa prevalencia que proteja a este población vulnerable por encima de los demás, que la guarde de abusos y arbitrariedades que los sitios web cometen contra sus datos personales y que garantice el retiro más eficaz y rápido posible de aquellos contenidos que puedan impactar el desarrollo de la integridad física, psicológica, intelectual y moral del adolescente y la correcta evolución de su personalidad, garantizando que sea cuidado y salvaguardado de forma prioritaria, frente ataques que pongan en riesgo su privacidad, en particular cuando se trata de datos o elementos cuya revelación o conocimiento público pueden afectar permanentemente su psiquis, tranquilidad, evolución y crecimiento personal, pues con ello no solo se le genera un perjuicio moral al adolescente, sino que además se causa un inmenso daño social, porque se termina destruyendo la esperanza y el sentido de una persona que podía aportar desde su juventud al futuro de la sociedad, pero que por el irresponsable e indebido manejo que se hace de las redes de internet, se deja al individuo en la postración, el aislamiento y la depresión, creando un escenario complejo de afectación personal y familiar que es muy difícil de revertir o corregir (Cabezas 2023).

Por otra parte es importante señalar que el procedimiento especial para los adolescentes que han sido vulnerados en su derecho a la privacidad, debe tener un elemento diferencial que es la garantía que el contenido va a ser definitivamente sacado o eliminado de las redes de internet, lo cual no se asegura simplemente con una orden de bloqueo o retiro de la información, pues los portales de navegación se pueden negar a sacar de circulación los datos o imágenes degradantes del menor, también es posible que se alegue que la autoridad colombiana no tiene jurisdicción para solicitar la salida de los archivos personales del menor de las redes online o

simplemente el bloqueo que se ordena solo rige en Colombia, pero las imágenes, vídeos o datos que violentan la dignidad del adolescente, pueden perfectamente permanecer en otras jurisdicciones, bajo la perspectiva que las redes de internet tienen una jurisdicción global y la información puede continuar circulando a nivel mundial, prolongando el sufrimiento y la depresión emocional del menor que ante cada descarga y visualización constante del contenido que lo involucra, le son afectados sus derechos fundamentales (Martín 2020).

Frente a esta situación y de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño que protege los intereses prevalentes de los menores, lo que se sugiere es que los portales de navegación como Google, Yahoo o Firefox, al igual que las plataformas digitales como Twitter, Instagram, Tiktok suscriban convenios con la Superintendencia de Industria y Comercio para que cuando se compruebe que los derechos de un infante o adolescente, estén amenazados porque se ha divulgado un contenido prohibido, no consentido o que conculca su integridad moral, en un plazo máximo de 24 horas, se haga efectivo el retiro pleno de la publicación denigrante, en toda las redes de internet e instalar un algoritmo que permita identificar que cada vez que una persona lo suba a las redes, para que sea nuevamente excluido y se suspenda o se cierre el sitio web que publique esos datos o informaciones no autorizadas, de manera que haya un mecanismo disuasivo para que dicho contenido no vuelva ser publicado ni difundido (Peláez y Riascos 2020).

La justificación para avalar este tipo de convenios con la autoridad que maneja los datos y la privacidad de las personas en Colombia, es que si bien estas plataformas digitales y estos portales de navegación se encuentran protegidos por la libertad de expresión y difusión, en este caso por tratarse de contenido que desconoce la honra, la reputación, el estado moral y la dignidad de los infantes y adolescentes, hay una prevalencia del interés de esta población por su condición de vulnerabilidad social y su relevancia para el futuro global por encima de los intereses de quienes son titulares de estos navegadores y estas redes digitales y de los derechos que defienden con su labor de publicación y difusión colectiva y por eso se encuentran obligados por los tratados internacionales de protección de los menores a suscribir estos convenios y a responder de forma afirmativa ante la comprobada violación de la privacidad de los adolescentes por el mal uso de las redes online (Rojas 2016).

Esto por supuesto no implica que el portal de navegación o la red digital no pueda seguir cumpliendo su función social, pero debe desarrollarla de conformidad

con los derechos reconocidos a nivel global a los infantes y adolescentes, que desplazan y tienen preferencia por encima de los derechos de los propietarios de estos canales virtuales de comunicación y navegación y de sus usuarios, quienes también se encuentran obligados a abstenerse de publicar o replicar este tipo de contenido en sus cuentas o blogs sociales, so pena que no solo sus sitios web sean objeto de suspensión, sino que se abran cargos criminales por violar la privacidad de datos de niños y adolescentes, que se encuentran prevalentemente protegidos por normas internacionales vinculantes no solo para Colombia, sino para la humanidad (Monsalve 2017).

Con ello se busca entonces que haya un equilibrio entra la defensa de los derechos a la privacidad de los adolescentes y la libertad de expresión de la que son destinatarios los portales de navegación y las plataformas digitales, para establecer un convenio que permita que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante un equipo interdisciplinario encargado de atender de manera expedita los casos de vulneración de la intimidad y la exposición indebida de datos personales de los infantes y adolescentes en las redes de internet, pueda realizar una solicitud especial a estos canales virtuales, para que haya un retiro pleno y permanente de ese contenido no solo en Colombia, sino en cualquier jurisdicción virtual donde pueda publicarse o difundirse, para que no haya una revictimización del adolescente con más visualizaciones o divulgaciones no autorizadas de un contenido que no puede ser replicado, difundido o extendido en el tráfico online.

4.2. Implementación de políticas de privacidad por parte del Estado sobre entidades, sociedades o empresas que manejen datos personales de los adolescentes en internet

Es importante que el Estado implemente políticas de privacidad a las que deban sujetarse las sociedades o empresas que manejan datos o informaciones de adolescentes, donde puede haber constante exposición de imágenes, vídeos o grabaciones sensibles de esta población juvenil (Guevara 2021).

El Estado debe garantizar un manejo seguro, trasparente y eficiente de los datos de los adolescentes y que puedan interponer las consultas, peticiones y reclamaciones pertinentes si se presenta un manejo inadecuado o indebido de sus informaciones por parte de las entidades que han recopilado esas referencias, imágenes o vídeos de estos jóvenes (Martín 2020).

Se pretende que se desarrollen políticas de manejo de datos a nivel corporativo que permitan que los adolescentes y sus padres, puedan disponer y controlar la información que de sí mismos ha sido recopilada, ante los crecientes abusos que se han generado por el mal uso, manejo y circulación de estos elementos distintivos de esta población de manera indiscriminada en las redes de internet.

Lo que se busca es que el Estado impulse que los propios agentes empresariales o sociales, le den a conocer al adolescente el manejo y la finalidad que se le va a dar a los datos que deposita en las redes virtuales, que le indiquen el procedimiento en caso que haya un manejo negligente, descuidado o inadecuado de esas informaciones personales y que haya mecanismos internos que permitan precaver, mitigar y contrarrestar conductas abusivas que a partir de la divulgación inconsulta o no consentida de sus imágenes, fotos o referencias individuales, desconozcan su integridad moral, honor, honra y buen nombre, en contravía de la normativa colombiana (Guío 2021).

Quienes manejan datos de los adolescentes en internet, deben actuar de forma responsable para que no lesionen sus derechos fundamentales, manteniendo protegidas las informaciones que tienen sobre ellos y retirar aquellos elementos que puedan violar su intimidad, buen nombre o su honorabilidad, además deben asumir la obligación de mantener separadas sus bases de datos de otras plataformas de almacenamiento y garantizar la integridad y seguridad de los datos sensibles de los adolescentes que recopilan y procesan para sus fines corporativos (Galvis 2019).

Adicionalmente estas entidades, sociedades o corporaciones digitales, deben asegurar que el manejo y circulación de los datos que se encuentran dentro de sus bases privadas hayan sido autorizados por los adolescentes, concediéndoles además los medios para que manifiesten su inconformidad por la administración o la divulgación indebida de sus informaciones personales, cuando ello llegue a suceder (Colorado 2021).

El Estado debe implementar políticas para que este tipo de organizaciones que manejan datos sensibles de los adolescentes, les brinden el acceso a la información recogida sobre ellos en sus bancos de datos o archivos, que el adolescente pueda controlar razonablemente su transmisión, limitar el período de tiempo en el que puede conservarse o por lo menos que se le advierta el plazo en el que va a ser almacenada o procesada, definir los objetivos para los que puede ser utilizada o por lo menos explicárselos al joven y que pueda borrarse o rectificarse su contenido, cuando vulnere

la privacidad y la integridad moral de quienes depositaron o confiaron sus datos en esa sociedad o empresa digital (Puello 2020).

La función principal de estas políticas de privacidad es equilibrar el poder entre el adolescente al que se le atribuye el dato y los operadores privados que tiene la capacidad para recolectarlo, almacenarlo, transmitirlo y almacenarlo, de modo que deben garantizar la autodeterminación informática del adolescente para disponer de su información personal privada o sensible, que no puede ser usada o divulgada sin su autorización, evitando de esa forma, fugas o manejos irregulares de los datos, dentro del tráfico virtual (Rodríguez 2021).

Las políticas de privacidad por parte del Estado frente a las corporaciones o sociedades digitales deben garantizar que el adolescente pueda acceder a los archivos de todo tipo, que dichas organizaciones tengan en su poder y saber cuáles de ellos han sido tratados. También debe aclararse las finalidades con los cuales los datos de los adolescentes fueron recopilados y los usos que se les están otorgando e identificar los destinatarios a quienes se les está enviando esas informaciones en tiempo real. Con ello se pretende que los adolescentes de manera libre y sin restricciones, bajo una periodicidad razonable y sin retrasos, ni gastos excesivos, puedan confirmar o desvirtuar la existencia de datos sobre ellos, así como conocer los objetivos que orientan la recaudación de esos elementos y a quienes se les comunican (Remolina 2021).

Las entidades que manejan datos e informaciones de adolescentes deben contar con políticas transparentes que les permitan a los mismos consultar de qué forma se están administrando sus referencias personales y qué tipo de datos se han almacenado. Este derecho no se encuentra establecido dentro de la Ley 1581 de 2012 ni en la Ley 1098 de 2006, pues el marco normativo colombiano indica que la persona tiene derecho a acceder a sus datos personales cuando lo considere necesario, pero no se contempla la posibilidad de que exija de qué modo y bajo qué procedimiento tecnológico se están administrando sus informaciones personales (Rojas 2016).

Por otra parte, a nivel corporativo, esta política de protección de la privacidad, debe permitir que los adolescentes se opongan al tratamiento de los datos que les conciernen, de forma que si eventualmente sus datos son recopilados o almacenados, es deber del responsable darlos de baja en la base de almacenamiento, cancelándose las informaciones con una simple solicitud. Los adolescentes pueden oponerse a la divulgación de datos sensibles como edad, nombre, domicilio, convicciones filosóficas,

políticas, religión, raza u orientación sexual sobre las cuales guarda una titularidad prevalente, reforzada además por el hecho que se trata de elementos muy personales de una persona menor de edad (Woolcott 2022).

Las compañías o establecimientos donde comúnmente los adolescentes comparten sus imágenes, referencias o vídeos, deben garantizar que este tipo de contenido pueda ser rectificado o modificado, cuando resulte ser inexacto, denigrante o haya sido obtenido con violación de su consentimiento o conseguido mediante la conculcación de su privacidad, con el fin que haya una protección de la calidad o veracidad de los datos e informaciones de los adolescentes que se depositan en las redes de internet, bajo la perspectiva de garantizar que el tratamiento de esa información sea un fiel reflejo de la realidad y evitar que elementos calumniosos, injuriosos y deshonrosos sean publicados, procurando su eliminación mediante procedimientos internos, sencillos, rápidos y eficaces (Rodríguez 2021).

Cuando una entidad que maneja negocios digitales, procesa o divulga datos contrarios a la verdad de los adolescentes o lo hace sin su autorización o revela situaciones muy sensibles y personales de estos jóvenes, se debe garantizar que el adolescente pueda solicitar que se aclare o se corrija esa información para que sea correspondiente con la realidad y así impedir que los efectos producidos por la revelación de la información reservada, injuriosa o indigna, se prolonguen en el tiempo (Remolina 2021).

Las políticas de privacidad deben ir encaminadas a disminuir los riesgos que se derivan de la constante exposición de los niños y adolescentes a materiales o contenido inapropiado, dañino o ilegal en internet como pueden ser fotos de contenido sexual, pornográficas, violentas, mensajes de odio, racismo, xenofobia o incluso información falsa o engañosa, pues dichos contenidos pueden tener origen en páginas web, aplicaciones o plataformas empresariales, o bien de otros usuarios, mediante el envío de mensajes o archivos, ocasionando consecuencias negativas en el desarrollo cognitivo, emocional o moral de los niños y adolescentes, así como también en su autoestima, valores o actitudes (Miranda 2023).

Un elemento esencial de la política de privacidad que puede impulsar el Estado es que permita a la entidad corporativa la eliminación de los datos de los adolescentes cuando ya no son necesarios conforme a los fines bajo los cuales fueron recaudados o cuando el adolescente no autorizó su tratamiento o no consiente que continúen siendo procesados o se ha expirado el plazo para su conservación. Estos datos deben

ser retirados si fueron recopilados, procesados o divulgados en franco desconocimiento de la reputación y la integridad moral del adolescente (Puello 2020).

Las políticas de privacidad deben estar encaminadas a que se eliminen estos datos privados de los adolescentes de forma definitiva de las redes de internet por parte de las empresas o corporaciones digitales, evitando que queden en zonas oscuras del tráfico online como la *darknet* y la *deepweb* que de acuerdo a Miranda (2023) son espacios virtuales proclives a la comisión de delitos que tienen lugar en una parte encubierta de internet donde se almacenan datos, imágenes o vídeos que han sido sustraídos o robados de las personas, que no pueden ser accesibles de manera convencional a través de los motores de búsqueda habituales y cuyos espectadores se mantienen en el anonimato y la confidencialidad y es muy complejo que las autoridades puedan rastrear a los responsables de estas conductas ilegales que atentan contra la intimidad y la dignidad de los menores.

Por otra parte, es fundamental que se conmine a estas sociedades o compañías digitales a tener sistemas de seguridad óptimos mediante el uso de antivirus o cortafuegos, para que los datos de los adolescentes no sean fácilmente penetrables por parte de atacantes, hackers o spam informáticos. Debe asegurarse que estos entes corporativos les comuniquen a los adolescentes cuando sus datos hayan sido objeto de ataques cibernéticos o cuando sus bases de almacenamiento han sido filtradas, para que conozcan con antelación que su información ha sido vulnerada y así se puedan presentar las solicitudes pertinentes antes las autoridades competentes, para bloquear o pedir el retiro de esos datos, que como se ha señalado, por tratarse de jóvenes menores de edad debe existir un procedimiento especial, expedito y prioritario que proteja su autodeterminación informática (Martín 2020).

En la política de privacidad de datos que debe ser exigida por parte del Estado colombiano a estas compañías o entidades digitales, se debe pedir que haya un control interno al uso de “cookies” para identificar y perfilar a la población adolescente que acude a sus servicios y que se les informe que se va a utilizar este procedimiento para que puedan aceptar o no libremente, este tipo de mecanismos de perfilamiento y caracterización digital (Guío 2021).

Hay que precisar que estos cookies no se encuentran regulados dentro de la legislación colombiana y pueden introducirse con la consulta de cualquier portal web, sin necesidad que el adolescente haya adquirido un bien o servicio, lo que puede suponer una grave intrusión a sus datos y una flagrante violación a su privacidad, en

la medida que el tratamiento de esas informaciones se produjo sin su anuencia y se está empleando para fines ilegítimos que no fueron previamente convenidos, por lo cual es fundamental que se comunique al adolescente del uso de estos mecanismos de perfilación y rastreo para que se respete su consentimiento, la seguridad de sus datos y además se cumpla con indicarle la finalidad y los objetivos con los cuales van a ser usados sus informaciones personales (Colorado 2021).

Es importante que las empresas y sociedades digitales tengan una configuración de privacidad para permitir que los adolescentes puedan excluir voluntariamente la publicidad que les llega o que no sean perfilados o categorizados mediante cookies que puedan desencadenar una invasión a su intimidad en las redes de internet. Es esencial garantizar la existencia de medidas técnicas, humanas y administrativas para evitar la adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento de los datos o informaciones de los adolescentes, evitando de esa forma el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático. Las entidades responsables de la custodia de estos datos tienen un deber de secreto específico que les asiste durante el tratamiento de la información personal de los adolescentes, inclusive, a la finalización del mismo, para que los guarden y mantengan su reserva del escrutinio público (Monsalve 2017).

Un elemento fundamental que debe asegurarse mediante estas políticas de privacidad, es que se obtenga el consentimiento previo, expreso e informado de los adolescentes para recopilar, procesar y divulgar sus datos personales, garantizándose que dicha anuencia sea previa, esto es, que la autorización debe presentarse en una etapa anterior a la incorporación del dato; expreso, en la medida que debe ser inequívoco; e informado, toda vez que el adolescente no sólo debe aceptar el tratamiento del dato, sino que tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización (Woolcott 2022).

Las sociedades o empresas digitales en virtud de estas políticas de privacidad deben garantizar que los datos que conserven de los adolescentes sean veraces, completos, exactos y actualizados, de modo que no está permitido el tratamiento o divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados, calumniosos o que violenten su privacidad.

En síntesis, el Estado debe conminar a estas compañías o entes virtuales a que deben informar al adolescente, el uso que se le va a asignar a los datos que se recopilan y se registran dentro de las redes de internet, dándole la posibilidad de

aceptar o denegar ese uso, adicionalmente se debe asegurar la confidencialidad y privacidad de los mismos, se debe informar de los procedimientos internos en caso de utilización indebida o divulgación inconsulta y también se debe suprimir o eliminar aquellas imágenes, vídeos, grabaciones o audios que violenten la privacidad de estos jóvenes, garantizándose el consentimiento y la libertad del adolescente para recopilar, procesar o difundir sus datos y asegurar que estén actualizados, veraces y conformes con la realidad.

4.3. Inclusión de una acción administrativa de reparación e indemnización de perjuicios a favor de los adolescentes afectados por la violación de la privacidad de sus datos en internet

En la legislación colombiana, tanto en la Ley 1581 de 2012 como en la Ley 1098 de 2006, no existe el derecho a favor de los adolescentes de exigir una indemnización de perjuicios por la violación de los datos personales en internet, aun cuando hayan sufrido un daño cuantificable, como consecuencia de una operación, tratamiento o revelación indebida de elementos como su nombre, imagen, domicilio, identidad, así como también la revelación de informaciones sensibles como vídeos y grabaciones que comprometen su esfera más íntima, que pueden impactar seriamente su dignidad, su reputación social e incluso pueden tener repercusiones sobre su salud psicológica o física (Puello 2020).

Es por esa razón que se propone que los adolescentes, representados por sus padres puedan exigir al responsable del sitio web, una vez que se haya hecho la investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, para identificar al titular de la página web que violó su derecho a la privacidad, que tenga que resarcir los daños causados por haber puesto a circular en las redes de internet, material que por su sensibilidad y los sujetos vulnerables que afectaba, debía haber permanecido bajo reserva (Cabezas 2023).

Este tipo de acción indemnizatoria permite que el adolescente, agenciado por sus padres, pueda exigir la responsabilidad objetiva al titular o administrador del sitio web que publicó aspectos de su dimensión íntima, debiendo demostrarse solamente la prueba documental (como fotos, imágenes, vídeos, grabaciones, audios) que acredite que se vulneró la seguridad de un archivo personal, cuya publicación no fue consentida y que pueda demostrarse que fue publicado por determinado sitio web asociado a un titular, sin que tenga que demostrarse la culpa del administrador de los

datos, pues solo se requiere que se acredite el nexo causal entre el daño y el tratamiento o la divulgación de los datos, ya que se trata de una responsabilidad objetiva y no subjetiva, de la cual solo puede liberarse el demandado si demuestra que la publicación del material del adolescente se debió a un hecho fortuito, una causa mayor o un hecho de un tercero que se apropió o tiene el control de su sitio web (Remolina 2021).

La exigencia de una indemnización de perjuicios supone una responsabilidad solidaria en la medida que si hay incertidumbre sobre a quién se le puede imputar el daño, cualquiera de los encargados del tratamiento o divulgación de los datos, que haya podido ser descubierto por la investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio puede ser responsabilizado y tiene que responder por la totalidad de los perjuicios económicos generados en contra del adolescente, pudiendo cobrar a los demás demandados su respectiva cuota económica en los perjuicios ocasionados (Monsalve 2017).

La idea de adelantar una indemnización de perjuicios cuando se vulnera la privacidad de los adolescentes es fundamental, pues en la actualidad los responsables de los sitios web solo están obligados a dar conocer, suprimir o rectificar los datos personales que tengan a su cargo de los adolescentes, sin que tengan que reembolsar una indemnización cuando causan daños por no manejar adecuada y correctamente la información de estos jóvenes menores que es depositada en sus plataformas de almacenamiento (Martín 2020).

Ello es particularmente grave, puesto que las empresas y sociedades de internet que recopilan información de los adolescentes, pueden escudarse en este vacío legal para no tener que responder económicamente cuando han manejado de forma irresponsable los datos personales de este público juvenil, cuando con su acción pueden generar un profundo detrimento patrimonial en contra del adolescente y su familia, en la medida que la difusión de este tipo de datos calumniosos, denigrantes e indignos que se publican por acción u omisión en las redes online, pueden ocasionar la destrucción de la reputación y el prestigio de los negocios comerciales en los cuales esté involucrado el adolescente y su círculo filial e incluso puede causar que haya un desplazamiento de las personas hacia otros lugares para proteger su honra y honor y además puede generar cuantiosos gastos por la congoja y la depresión que la divulgación no autorizada de estos elementos personales causan en los adolescentes, conduciéndolos a tener que sobrellevar cuantiosos tratamientos

psiquiátricos y psicológicos e incluso corporales, como consecuencia del daño producido por las publicaciones violatorias de su dignidad y privacidad (Guevara 2021).

Esta indemnización puede llegar a alcanzar un monto considerable, por tratarse de la afectación de un sujeto protegido de forma especial a nivel constitucional y legal en Colombia, como son los adolescentes, por lo cual si se llega a encontrar al responsable del sitio web que ocasionó el daño moral, la suma a pagar sería alta porque se estima que se trata de la afectación a una persona que por su edad y el futuro que le resta puede aportar de forma sustantiva a la sociedad y este tipo de revelaciones inconsultas en las redes de internet pueden suponer la destrucción de su crecimiento personal o su progreso social, por el daño grave a su reputación o buen nombre.

4.4. Promover la educación de los adolescentes para la protección de sus datos personales

El Estado debe promover cursos en las escuelas y colegios, para que los adolescentes puedan aprender de forma interactiva y didáctica, los conceptos esenciales para el ejercicio de su derecho a la privacidad en las redes de internet y que puedan interponer las acciones conducentes y pertinentes, para que se protejan sus datos personales y se retire o bloquee de forma definitiva la información que se considera falaz, injuriosa, errada o indigna de ellos, especialmente cuando es difundida por vía online (Rodríguez 2021).

Se debe impulsar la enseñanza en los adolescentes en sus establecimientos educativos, para que aprendan a conocer y exigir el contenido de las informaciones que se han depositado sobre ellos en los sitios web donde navegan, que comprendan la forma de solicitar un reajuste o modificación de los datos cuando no correspondan con la realidad o sean calumniosos o deshonrosos, que se imponga su supresión cuando sean abiertamente falsos o erróneos o violen su intimidad o privacidad y que sean actualizados, si se trata de informaciones obsoletas o que han quedado rezagadas en el tiempo y sin embargo todavía se encuentran subidas dentro de las redes de internet, todo con el fin de garantizar la privacidad, la veracidad y la seguridad informática que son elementos esenciales consagrados en las normas constitucionales y legales que regulan la protección de datos personales a favor de los adolescentes (Remolina 2021).

Según Miranda (2023) se debe promover la alfabetización digital y el pensamiento crítico de los adolescentes en los entornos virtuales, pues, las herramientas que ofrece la tecnología, como por ejemplo la inteligencia artificial, no siempre se usan con ética y responsabilidad jurídica por parte de las sociedades o empresas digitales.

Es importante que los adolescentes comprendan la forma de exigir la eliminación de informaciones o exposiciones virtuales mendaces o deshonrosas que fueron publicadas y difundidas por vía online por administradores web, irresponsables o negligentes y la manera de lograr que el contenido falso, desleal, denigrante e indigno que se puso a circular en el tráfico virtual, sea no solo retirado, sino que sea cambiado por información real y fidedigna que corresponda a la verdad e integridad moral de los adolescentes (Puello 2020).

Por ello se hace necesario promover jornadas educativas por parte del Estado que permitan que los adolescentes puedan comprender los derechos al acceso, supresión, rectificación y actualización de los datos, los principios que rodean la aplicación de estos y los mecanismos a través de los cuales pueden consultar, reclamar o interponer las acciones administrativas y judiciales conducentes y pertinentes para que se respeten sus datos dentro de las redes online (Tejada 2021).

Lo que se busca es que los adolescentes comprendan que sus derechos no pueden ser vulnerados o desconocidos y que pueden emplear diferentes herramientas para controvertir o dejar sin efecto, esas filtraciones o divulgaciones no autorizadas que afectan de forma sustantiva su integridad moral, su imagen social, su reputación y que no pueden seguir circulando en las redes de internet, pues ello va en contravía de su derecho fundamental a la privacidad.

De acuerdo a Miranda (2023) ante el advenimiento de un mundo cada vez más digitalizado, los niños y adolescentes son los que más quedan expuestos a las amenazas y riesgos que se ocultan en internet, en la medida que su inmadurez, falta de discernimiento y su falta de experiencia, puede ocasionar que sean víctimas de acosadores y ciberdelincuentes, porque el infante o el adolescente no siempre cuenta con información, formación o protección suficiente que les permita hacer un uso seguro y responsable de internet y es por ello que es fundamental impartir la enseñanza necesaria por parte del Estado para que puedan conocer sus derechos dentro de las redes de internet y hagan un uso consciente e informado de sus datos e informaciones en el tráfico online.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Es importante que en los cursos que se vayan a impartir, los adolescentes tengan claridad en los siguientes aspectos:

• Identificar si sus datos se están destinando para la finalidad que les fue informada dentro de las redes de internet y que dicho propósito se encuentre en consonancia con la Constitución Política y la ley.

• Determinar si sus datos e informaciones se están recopilando, procesando y divulgando con base en el principio de consensualidad, de forma que se respete su consentimiento y que sean informados de cómo van a ser recopilados sus datos, qué finalidad se les va a dar, las restricciones para su publicación, que haya una garantía de reserva y que además se incorpore un aviso de privacidad que asegure que la información no va a ser compartida a terceros.

• Verificar que los datos que se encuentran en los sitios web sean veraces, exactos, completos, comprensibles, comprobables y actualizados, para evitar que se mantengan en las redes de internet, datos inexactos, mendaces o incompletos, situación que es particularmente trascendente cuando dichos datos falaces o erróneos se filtran o se difunden en redes sociales, causando un grave perjuicio moral contra los adolescentes, al asignarles características o perfiles de identidad que no corresponden con la realidad y que si se llegan a divulgar, atentan contra su imagen y su honra.

• Aprender el uso de antivirus y cortafuegos que pueden emplear para evitar que los datos que depositan mediante uso de ordenadores móviles o fijos en las redes de internet sean sustraídos, adulterados o tergiversados mediante programas o software maliciosos, de forma que puedan tomar medidas virtuales contra estos instrumentos violatorios de la privacidad. Ello implica capacitar a los adolescentes para que manejen sus datos adecuadamente dentro de las redes de internet de modo que no cometan errores o realicen procedimientos virtuales que puedan generar que se sustraiga o se robe su información con propósitos ilícitos o que vayan en contravía de su privacidad o que haya una divulgación de aspectos íntimos de su vida personal que pueda afectar su honor, imagen y reputación social.

• Comprender los métodos y las formas de mantener en reserva y proteger su información personal en el tráfico online, para evitar que sea difundida de manera inconsulta o no autorizada.

De acuerdo con el profesor Miranda Gonçalves (2023) es importante garantizar una alfabetización digital de los infantes y adolescentes para que sean críticos y

responsables a la hora de usar las tecnologías digitales y para que se apliquen políticas públicas asociadas con su protección en línea y su seguridad.

Es esencial enseñar a los adolescentes para que desarrollen un tratamiento responsable de su información personal dentro de las redes de internet, para que sean conscientes de la importancia de datos como sus nombres, identificaciones, direcciones, teléfonos, imágenes de carácter personal, reportes individuales, diagnósticos mentales o psicológicos y todo tipo de documentación que se encuentra sujeta a reserva y no puede ser objeto de divulgación, de forma que comprendan el autocuidado y la prevención al momento de publicar o difundir datos que sean propios de su dimensión más íntima y privada, pues su divulgación irresponsable, puede generar daños incalculables a la integridad moral y a la honra de los perjudicados, siendo prácticamente imposible retirarlos o bloquearlos posteriormente de las redes de internet, cuando son divulgados de forma inconsciente en el tráfico online (Martín 2020).

En esa línea temática deben impulsarse jornadas educativas para que los adolescentes puedan entender el marco normativo colombiano, para que puedan tomar conciencia de los términos y los conceptos legales necesarios que deben conocer para salvaguardar su privacidad, de modo que no solo comprendan con propiedad estos conocimientos legales, sino que puedan aplicarlos en la realidad, cuando sean víctimas de un manejo negligente, abusivo o imprudente de su información personal dentro de las redes de internet y hacer frente a situaciones que ponen en riesgo su integridad moral, dignidad, honra y reputación dentro de los entornos web.

5. CONCLUSIONES

Primera: frente al objetivo de examinar las normas en Colombia que protegen el derecho a la privacidad de los adolescentes en las redes de internet, hay que señalar que si bien en este marco normativo se establece el derecho a conocer, rectificar suprimir y actualizar los datos dentro de las redes online, hay que argumentar que la exigibilidad de estos derechos es compleja, pues los sitios web suelen no informar los datos que recopilan y los fines para los cuales van a ser utilizados, hay problemas para que se rectifique o eliminen datos que afecten la intimidad, ya sea porque no es posible hallar un responsable a quien endilgarle su mal manejo o su divulgación no consentida, o el sitio online funciona de manera automática o solo es

posible bloquear o borrar el contenido violatorio de la privacidad a nivel interno pero no a nivel mundial, además los mecanismos que contempla la legislación colombiana como la consulta, la reclamación y las acciones administrativas y judiciales para proteger la privacidad, no garantizan que los datos deshonrosos o íntimos salgan completamente de circulación o que puedan ser eliminados dentro de las redes globales de información.

Segunda: frente al objetivo de identificar las falencias o vacíos que presenta la normatividad colombiana para lograr la protección de la privacidad de los adolescentes en las redes de internet, hay que señalar la existencia de un rezago de estas normas para proteger la privacidad de los adolescentes frente a los nuevos avances digitales, ya que en la legislación no hay instrumentos concretos y efectivos para eliminar de forma definitiva los contenidos que vulneran la privacidad dentro del tráfico de internet o no es posible suprimirlos cuando han sido divulgados en una jurisdicción extranjera, no se establece un control a los mecanismos automáticos de recopilación de datos como cookies que perfilan y rastrean el comportamiento virtual los adolescentes, no se consagran normas eficientes contra la instalación de software malicioso o ataques informáticos que sustraigan los datos e informaciones privadas de los menores, además no se establecen mecanismos que permitan que el adolescente pueda oponerse a que sus datos sean recopilados y que además puedan exigir una reparación económica o indemnización, por el indebido tratamiento personal que hagan de sus informaciones en la red virtual.

Tercera: frente al objetivo de formular recomendaciones para que la ley colombiana proteja el derecho a la privacidad de los adolescentes en las redes de internet, se sugiere que dentro del marco normativo colombiano se implementen las siguientes sugerencias:

• Establecer un procedimiento especial, preferente y expedito para los infantes y adolescentes, que a través un convenio entre el Estado (Superintendencia de Industria y Comercio) y los portales de navegación, permita bloquear o retirar contenido que viole su privacidad.

• Implementación de políticas de privacidad por parte del Estado sobre entidades, sociedades o empresas que manejen datos personales de los adolescentes en plataformas digitales.

• Inclusión de una acción administrativa de reparación e indemnización de perjuicios a favor de los adolescentes afectados por la violación de la privacidad de sus datos en internet.

• Promover la educación de los adolescentes para la protección de sus datos personales, mediante jornadas educativas que les permitan aprender a conocer enmendar, suprimir y actualizar sus datos en las redes online.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERENCIAS

CABEZAS AZUERO, J.S. «Tratamiento de datos personales y compliance en Colombia».Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2023, vol.53, núm.138, 1-25.

CÁRDENAS LORA, E.L y HERRERA OLMOS, A.M. Protección de datos personales del consumidor electrónico. Barranquilla: Universidad de la Costa, 2018.

COLORADO RESTREPO, R.S. «Protección de los datos personales en los servicios de internet y las aplicaciones en Colombia». Revista CIES. 2021, vol.12, núm.2, 303-313.

GALVIS CANO, L. Protección de datos personales de niños niñas y adolescentes. En el marco de la jurisdicción y prevención del riesgo digital en Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2019.

GUEVARA TULCAN, L.F. «Derecho al olvido: desafío fotografías o videos íntimos en Colombia». Revista Episteme. 2021, vol.13, núm.1, 48-59.

GUÍO CAMARGO, R. E. Habeas Data y derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Bogotá: Universidad Católica, 2021.

HERAS HERNÁNDEZ, M. «Internet y el derecho al honor de los menores». Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla. 2012, núm.29, 94-107.

MARTÍN, E. La protección de datos en los centros escolares. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2020.

MIRANDA GONÇALVES, R. «Educación de Calidad y Derechos Humanos en el Siglo XXI: Descifrando el ODS 4». Justiça do direito. 2023, vol. 37, núm. 2, pp. 264-293.

MIRANDA GONÇALVES, R. «Ethics, technology and rights: challenges to justiciability in the digital environment». Journal Legal and Administrative Studies. 2023, vol.2, núm. 29, pp. 61-84.

MIRANDA GONÇALVES, R. «Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura». 48-76. En MIRAUT MARTÍN, L y ZAŁUCKI, M. (ed). Artificial intelligence and human rights. Madrid: Dykinson, 2021.

MIRANDA GONÇALVES, R. «La infancia y la adolescencia en la era digital: nuevos retos para la garantía de sus derechos». Revista Relações Internacionais do Mundo Atual. 2023, vol.4, núm. 42, pp. 465-489.

MONSALVE CABALLERO, V. «La protección de datos de carácter personal en los contratos electrónicos con consumidores: análisis de la legislación colombiana y de los principales referentes europeos». Revista Prolegómenos Derechos y Valores. 2017, vol.20, núm.39, 163-195.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M. «El menor y su derecho a la intimidad ante los riesgos en la utilización de redes sociales». Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. 2013, núm.1, 162-176.

PELÁEZ MOSQUERA, HL y RIASCOS TRUJILLO, A. La protección de datos personales y la privacidad en internet el caso de Colombia. Bogotá: Universitaria Politécnico Grancolombiano, 2020.

PUELLO, C. J. Herramientas jurídicas para la protección de los datos personales en Colombia: análisis del grado de protección jurídica del habeas data. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2020.

REMOLINA ANGARITA, N. Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012. Bogotá: Legis, 2021.

RODRÍGUEZ, P. «Aplicaciones educativas digitales y la falta de seguridad de los datos personales de sus usuarios». Revista Iberoamericana para la Investigación yel Desarrollo Educativo. 2021, vol.12, núm.23, 1-22.

ROJAS, M. «Evolución del derecho de protección de datos personales en Colombia respecto a estándares internacionales». Revista NOVUM JUS. 2016, vol.8, núm.1, 107- 139.

TEJADA BERRÍO, J. Datos Personales y pilares de la seguridad de la información. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2021.

WOOLCOTT OYAGUE, O. «Niños, niñas y adolescentes como sujetos de protección constitucionales frente a la publicidad en Colombia». Novum Jus. 2022, vol.16, núm. 3, 257-282.

MEDIDAS PREVENTIVAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O DECRETO Nº 8.420/2015

PREVENTIVE MEASURES IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION BASED ON THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW AND DECREE Nº 8.420/2015

Jaqueline Maria Ryndack[1]

Luiz Fernando Obladen Pujol[2]

Resumo: O presente trabalho visa apresentar as inovações constantes na Lei Anticorrupção brasileira e as medidas preventivas no combate à corrupção observáveis no Decreto Nº 8.420/2015. Através do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, iniciamos o artigo tratando da Lei Anticorrupção Brasileira, na sequência delimitamos o que é Corrupção e Propina, para por fim, apresentar as medidas preventivas no combate à corrupção com base no Decreto Nº 8.420/2015. Constatou-se que a Lei Anticorrupção não foi uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil, como por exemplo, acordos internacionais recepcionados pelo Brasil que visam o combate à corrupção. Notou-se que Lei Anticorrupção apresentou como avanços primordiais a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos e o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos. Concluímos que a busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de *Compliance* pode representar surpresa positiva na conjuntura em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores. Com relação ao Decreto nº 8.420/2015, ressalta-se que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista. Concluímos que, apesar dos seus avanços, o Decreto nº 8.420/2015 e a Lei Anticorrupção tratam apenas da responsabilização civil de natureza civil e administrativa, não trazendo avanços na responsabilidade criminal.

Palavras-Chave: Lei Anticorrupção Brasileira; Combate à corrupção; Decreto Nº 8.420/2015.

Abstract: The present work aims to present the innovations contained in the Brazilian Anti-Corruption Law and the preventive measures in the fight against corruption observed in Decree No. 8,420 / 2015. Through the deductive method, through bibliographic research, we started the article dealing with the Brazilian Anticorruption Law, following which we delimit what Corruption and Bribery is, in order to finally present preventive measures in the fight against corruption based on Decree No. 8.420/2015. It was found that the Anti-Corruption Law was not a pioneering or isolated initiative, since it presented itself as a reflection of attitudes already adopted in Brazil,

[1] Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR) e pós-doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Doutora em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada, pesquisadora e parecerista. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0995-0868>.

[2] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogado, pesquisador e palestrante. E-mail: luizfernandoobladen@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7674-5311>.

such as, for example, international agreements received by Brazil aimed at combating corruption. It was noted that the Anti-Corruption Law presented as fundamental advances the objective responsibility of the legal entity for harmful acts and the state control exercised through new mechanisms. We concluded that the search for the implementation of the Anti-Corruption Law in conjunction with Compliance Programs may represent a positive surprise in the context in which the practice of the offense is advantageous, in preventing the dilapidation of assets and strictly reprimanding the corrupt and corrupting. With regard to Decree No. 8.420/2015, it is emphasized that not only private legal entities are subordinate, but also public companies and mixed-capital companies. We conclude that, despite its advances, Decree No. 8.420/2015 and the Anti-Corruption Law deal only with civil liability of a civil and administrative nature, without bringing advances in criminal liability.

Keywords: Brazilian Anti-Corruption Law; Fight against corruption; Decree No. 8.420/2015.

1. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Lei Anticorrupção não é uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil. Dentre os acordos internacionais que visam o combate à corrupção recepcionado pelo Brasil citam-se a Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o qual foi promulgada através do Decreto nº 3.678/2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a qual foi promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

Tem por bem jurídico material tutelado o patrimônio público nacional ou estrangeiro, visando a "proteção de bens imaterais, consubstanciados nos princípios que regem a administração pública, além da moralidade administrativa." (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 54). Ressalta-se a existência de componentes ideológicos na formulação da Lei Anticorrupção, qual sejam, "a cultura de corrupção e as manifestações populares de 2013 ocorridas no Brasil." (BERTONCINI, FERREIRA, 2016, p. 455).

Em que pese não seja pioneira ou isolada, os autores Petrelluzzi e Junior apontam disposições inovadoras na lei uma vez que apresenta a "adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao erário e a possibilidade da celebração de acordos de leniência, além de contemplar, como já faziam outros textos legais, a imposição de severas punições de caráter pecuniário que, sobretudo em relação a infrações contra a ordem econômica, parecem ser

mesmo as sanções capazes de prevenir a prática de condutas desviadas." (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 51).

Ela trouxe inúmeras mudanças que necessitam de consideração, notadamente o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos, como apontado por Fábio André Guaragni e Fernando Martins Maria Sobrinho:

> O êxito do poder punitivo estatal é atingido pela fragilidade do poder de regulação estatal, pelo desenvolvimento da tecnologia da informação, pela derrubada das fronteiras, e pela simplicidade de deslocamentos de pessoas e mercadorias. Todos estes retalhos da economia se atrelam pela ideia forte de desterritorialização, com o consequente descontrole estatal. Afinal, o Estado opera como agência de poder territorial, ao passo que a criminalidade habitualmente praticada no seio da atividade empresarial e, portanto, no universo das trocas econômicas, afeta bens jurídicos supra-individuais de maneira supraterritorial. Desta forma, resta primordial constituir um novo modelo persecutório de tais delitos. (MARIA SOBRINHO, GUARAGNI, 2015, p. 355)

Quanto aos avanços encontrados na Lei Anticorrupção, citam-se a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; previsão de punibilidade por atos lesivos cometidos contra a administração pública estrangeira praticados pela pessoa jurídica brasileira; possibilidade de buscar em juízo a incidência das sanções não aplicadas no processo administrativo pela autoridade administrativa omissa; tipificação de atos de corrupção que anteriormente não eram previstos; "a provável quebra do ciclo vicioso da corrupção nas relações entre as empresas privadas e o Estado; o consequente surgimento de uma nova cultura empresarial contra a corrupção; a indução de uma possível redução das crises econômica e política geradas pela endêmica corrupção existente no país" (BERTONCINI, FERREIRA, 2016, p. 454).

Ressalta-se que a Lei de Improbidade Administrativa já previa além da penalização administrativa do agente corrupto, a penalização do corruptor ou de terceiro beneficiário, de modo que a Lei Anticorrupção veio a contribuir para impedir a prática de ilícitos:

> O art. 3º, por sua vez, estende a sujeição do dever de probidade administrativa (e a correlata legitimidade passiva na ação de aplicação das sanções de improbidade) ao beneficiário e ao partícipe, complica ou co-autor do ato de improbidade administrativa, que podem ser agentes públicos ou não, pessoas físicas e jurídicas. […] Alfonso Sabán Godoy aponta como componente anímico da conduta corrupta a deslealdade, caracterizada como a atuação contrária aos interesses cuja defesa vem confiada em virtude de um ato de vontade de quem legitimamente deles é titular, e adverte que concorre à corrupção na vida pública a cumplicidade privada. (MARTINS JR., 2009, p. 320)

Já Modesto Carvalhosa entende que a diversidade de normas de combate à corrupção não atendiam às exigências das Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil:

> Embora já exista e em vigor em nosso País uma variedade de leis que – de forma simultânea, autônoma e dispersa – estabelecem sanções aos delitos praticados por pessoas jurídicas junto aos entes públicos estas normas não satisfaziam plenamente o compromisso assumido no campo internacional pelo Brasil de aplicar sanções a todas as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, num plano abrangente envolvendo quaisquer atividades do setor econômico e social em suas relações ilícitas com os poderes públicos, no âmbito interno e internacional, neste último, mediante regras de extraterritorialidade. (CARVALHOSA, 2015, p. 31)

Independente de qual cenário pontue-se, positivo ou negativo, suprir a lacuna existente quanto à responsabilização legal das pessoas jurídicas por atos lesivos, é evidente a contribuição da Lei Anticorrupção.

Carla Veríssimo aponta que com a imposição de sanções civis e administrativas não seriam suficientes para inibir a prática de ilícitos, de modo que somente com o aumento da implementação e uso de Programas de Integralidade pelas empresas seria possível essa busca da postura ética (VERÍSSIMO, 2017). No mesmo sentido, Belissário Santos Jr. e Isabella Leal Pardini pontuam o incentivo ao Programa de *Compliance* ao analisar a redação da citada lei:

> Interessante ainda destacar que a referida previsão irá consolidar a cultura do *compliance* no país, incentivando o empresariado brasileiro a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores. (SANTOS JR, PARDINI, 2014, p. 8)

A busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de Compliance, pode representar surpresa positiva na conjuntura em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores (GUARAGNI, CAMBI, 2014).

A análise da Lei Anticorrupção Brasileira revela-se como um passo significativo na busca por um ambiente empresarial mais ético e regulado, refletindo um alinhamento com os padrões internacionais de combate à corrupção. Esta legislação não surge isoladamente, mas como parte de um esforço contínuo e integrado, apoiado por diversos acordos internacionais que o Brasil ratificou, como as convenções da

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

OCDE, Interamericana e das Nações Unidas. Tais instrumentos evidenciam o compromisso do país em adotar medidas rigorosas para prevenir práticas corruptas e proteger o patrimônio público, tanto nacional quanto estrangeiro.

Um dos aspectos mais inovadores da Lei Anticorrupção é a introdução da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, o que representa uma mudança de paradigma no tratamento de ilícitos corporativos. Ao responsabilizar diretamente as empresas por atos lesivos à administração pública, a lei busca quebrar o ciclo vicioso da impunidade, incentivando as organizações a implementar controles internos e a adotar uma postura proativa no cumprimento das normas. Este enfoque é vital para fomentar uma nova cultura empresarial que valorize a transparência e a integridade, contribuindo assim para a redução das crises econômicas e políticas associadas à corrupção endêmica.

Contudo, enquanto a Lei Anticorrupção estabelece um marco robusto de responsabilização civil e administrativa, persiste uma lacuna significativa na esfera da responsabilidade criminal. Para que a legislação alcance sua eficácia plena, é necessário que futuras reformas considerem a ampliação do escopo penal, assegurando que todos os aspectos da corrupção sejam adequadamente abordados. Além disso, a efetividade da lei depende não apenas de sua execução rigorosa, mas também do fortalecimento de uma cultura ética nas relações entre o setor privado e o poder público, essencial para o desenvolvimento sustentável e justo da sociedade.

2. CORRUPÇÃO E PROPINA

Para Aristóteles, a ética é uma virtude que necessita de constate exercício, não sendo inerente do ser humano, ela é aprendida e aperfeiçoada:

> [1103a] Sendo a virtude, assim, de dois tipos, uma intelectual e (15) outra moral, a virtude intelectual depende mais do ensino, quer em sua origem, quer em seu crescimento; portanto, ela precisa de experiência e também de tempo; a virtude moral resulta do hábito, de onde lhe formado vem também seu nome, uma pequena e sutil por alteração de "*éthos*".“ Por isso, é evidente que nenhuma das virtudes morais é gerada em nós por natureza, pois (20) nenhuma das coisas que existe por natureza torna-se diferente pelo hábito, como a pedra, por exemplo, que se move por natureza para baixo, não se habituaria a mover-se para cima, nem se alguém, dez mil vezes, habitue-se a jogá-la para cima; e nem se pode habituar a mover o fogo para baixo, e nem qualquer coisa, que de modo geral é por natureza, poderia habituar-se de modo diferente. Assim, nem é por natureza, nem contrariamente à natureza que as virtudes são geradas em nós, mas (25) é natural para nós recebê-las, e nos aperfeiçoamos pelo hábito. (ARISTÓTELES, 2015, p. 41)

Desse modo, padrões éticos de comportamento empresarial e pessoal devem ser aprendidos e constantemente praticados como um hábito. Contudo, para Aristóteles a corrupção é inerente ao ser humano, sempre existiram e sempre irão existir, uma vez que ela existe em potência, ou seja, o mundo está constantemente sujeito a ela.

Nesse sentido, o desvio de conduta enquanto prática da corrupção e propina, abordaremos a primeira como atos que envolvam relações escusas entre o poder público e empresas privadas.

A corrupção é tratada nas modalidades de corrupção passiva e ativa, estando contidas, respectivamente, nos artigos 317[3] e 333[4] do Código Penal, não podendo ser definida de modo fechado, uma vez que "as condutas corruptas são extremamente complexas, envolvem agentes públicos e privados, além de pessoas jurídicas, e por essa razão, é bastante difícil encontrar uma definição ou conceito que contemple todas as possibilidades que o vocábulo encerra." (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 20).

Felipe Eduardo Hideo Hayashi complementa informando que

> A corrupção é um complexo fenômeno global que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos, possui manifestações diversas de natureza pública, privada e social, e afeta o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos.
> Por isso a corrupção tem sido estudada desde a sociologia, a economia, a psicologia, a criminologia e a ética até o direito. (HAYASHI, 2015, p. 11)

[3] "**Corrupção passiva**
Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)
§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa." (BRASIL. Acesso em: 23/05/2019)

[4] "**Corrupção ativa**
Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)
Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional." (BRASIL. Acesso em: 23/05/2019)

Reconhece que a corrupção não possui caráter econômico, encontrando a sua prática no meio político através da realização da exploração de prestígio e na conduta desviada com o objetivo de obter a vantagem de natureza política, incide, da mesma forma, na prática da corrupção. Nesse sentido, Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman. Rizek Junior citam que "quem, para se perpetuar no controle do poder político, ilegalmente, se utiliza de função pública que ocupa, mesmo não obtendo ou almejado vantagem econômica, esta agindo de forma corrupta." (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 20).

Apresentando ou não valor monetário em sua discussão, mas sim a obtenção de alguma vantagem indevida, para Fabio Tokars a corrupção é um dos maiores e mais vergonhosos freios ao desenvolvimento nacional ao nos conduzir

> ao atraso por gerar a primazia do conhecimento pessoal sobre a eficiência, obstando a entrada no mercado de empresários tecnicamente capacitados, mas que não conhecem os caminhos do poder; de outro lado, consolida-se a posição de estruturas economicamente incompetentes, mas que bem atendem aos interesses daqueles que detêm as chaves do mais endinheirado dos cofres: o cofre do estado. (TOKARS, 2008, p. 155)

Nota-se que a corrupção envolve dinheiro público e atua como um dos mais evidentes freios ao desenvolvimento da sociedade. Contudo deve-se realizar ressalva, eis que a corrupção pode ser desenvolvida por agentes privados com valores privados, mas quando envolve o dinheiro público uma maior parcela é atingida por esse mal social.

Podemos vislumbrar a corrupção na seguinte passagem de John Maynard Keynes:

> Ora, para explicar a "crise", é costume pôr tônica na tendência para a alta da taxa de juro sob o efeito da maior demanda de moeda, tanto para fins de transações como para fins especulativos. Sem dúvida, por vezes esse fator tem o efeito de agravar ou até de desencadear uma crise. Mas diria que uma explicação mais normal da crise, e muitas vezes a sua explicação predominante, não é primordialmente uma alta da taxa de juro, mas um repentino colapso da eficiência marginal do capital. (KEYNES, 2012, p. 286)

Nesse sentido, a corrupção é o próprio mal em si que se alastra pela sociedade, de modo que a própria sociedade favorece para a continuidade dos atos de corrupção ao não fiscalizar os processos licitatórios, não fiscalizar a Administração Pública, solicitar prestação de contas, entre outros atos de cidadania.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Sobre a responsabilidade pela ilegalidade praticada por parte do agente público, Marcio Pestana descreve atos simplórios, se comparados com os prejuízos que causou para a coletividade:

> Independente dos efeitos que serão atribuídos aos atos parcial ou integralmente corretores a serem expedidos em função da ocorrência de vício nos domínios licitatórios, a própria existência da mácula em si mesma considerada suscita a possibilidade de procurar responsabilizar-se os agentes e personagens que tenham a ela dado causa, assim como, em certos casos, a própria Administração Pública pelos danos que tenha causado.
> Em certas situações, a iniciativa ficará a cargo da própria Administração, como o que se passa, exemplificativamente, na responsabilização administrativa ou funcional; noutras, entretanto, quedará mais apropriadamente ao terceiro, como o que se passa naquele prejudicado que se anime a responsabilizar a Administração Pública pelas repercussões advindas do dano sofrido. (PESTANA, 2013, p. 796)

Diferentemente do exposto, os empresários assumem riscos mais elevados quando posicionam favoráveis a atos de desvio de comportamento, uma vez que colocam “em perigo todo o seu patrimônio pessoal (incluindo os ativos conquistados antes do início da exploração da atividade empresarial) em caso de insolvência da sociedade, mesmo que esta decorra de fatos naturais em uma economia de mercado.” (TOKARS, 2008, p. 157 – 158).

Em outra passagem, Fabio Tokars apresenta que a sociedade resta prejudicada com os atos de corrupção e propina, uma vez que o empresário repassa o risco da atividade nos preços dos produtos, os mesmos aqueles que realmente atuam contra a Ordem Econômica pouco serão afetados pelas imposições legais (TOKARS, 2008, p. 157 – 158).

Deixando a seara empresarial e vislumbrando o cerne público, os efeitos da corrupção, sob a perspectiva administrativa, recaem notadamente sobre a população mais pobre uma vez que tole direitos sociais fundamentais, tais quais direito a saúde, saneamento, educação, habitação, segurança. No mesmo sentido, no livro “A firma, o mercado e o direito”, Ronald H. Coase expõe que se os direitos podem ser comprados ou adquiridos, apresenta como resultado que a parcela da população menos favorecida monetariamente não poderá ter tanto acesso tão facilmente a direitos (COASE, 2017).

Desse modo, a implementação de Programas de *Compliance* incorrerão na transparência das atividades da pessoa jurídica, possibilitando com que a população marginalizada tenha acesso a direitos aos quais lhe eram tolidos.

A discussão sobre corrupção e propina evidenciada no texto destaca a complexidade e a profundidade desse fenômeno em múltiplas esferas da sociedade, incluindo o setor público e privado. A corrupção, conforme abordada, não se restringe a transações financeiras ilícitas, mas envolve um comprometimento ético que afeta a confiança e a integridade das instituições. Como Aristóteles observa, a corrupção é um elemento potencialmente presente na natureza humana, exigindo constante vigilância e ação para ser mitigada de forma eficaz.

Compreender a corrupção como um fenômeno global e multifacetado, que transcende barreiras econômicas, políticas e sociais, é fundamental. Ela se manifesta de diferentes maneiras, desde o desvio de recursos públicos até o abuso de poder para ganhos políticos ou pessoais. As abordagens de Hayashi e outros autores destacam a necessidade de uma análise interdisciplinar que incorpora sociologia, economia e direito para enfrentar esse desafio. O impacto da corrupção é particularmente severo nos direitos sociais fundamentais, limitando o acesso a serviços essenciais como saúde, educação e segurança, afetando especialmente as populações mais vulneráveis.

Portanto, a implementação de medidas preventivas, como Programas de *Compliance*, é vital para promover a transparência e a responsabilidade dentro das organizações. Estes programas não apenas auxiliam na detecção e prevenção de práticas corruptas, mas também promovem uma cultura de ética e integridade. Contudo, para que tais programas sejam eficazes, é crucial o envolvimento ativo de todos os stakeholders, incluindo a sociedade em geral, que deve exercer seu papel de fiscalização e cobrança, exigindo *accountability* dos agentes públicos e privados. Só assim será possível reduzir significativamente o impacto da corrupção e construir uma sociedade mais justa e equitativa.

2.1 Medidas preventivas no combate à corrupção com base no Decreto nº 8.420/2015

O Decreto nº 8.420/2015, o qual regulamentou a Lei nº 12.846/2013, institui nos artigos 41 e 42 regras sobre do Programa de Integridade.

Ao analisar o artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015 nota-se que buscou estabelecer medidas as quais fossem observadas pelas organizações societárias, tais como, a necessidade de registros contábeis, código de ética e transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos. O artigo 42, XIII apresenta a

transparência na realização de contratação de terceiros, além da necessária supervisão, sendo circunstâncias que serão avaliadas em caso de ocorrência de algum ilícito penal previsto na Lei nº 12.846/2013.

Ressalta-se que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas ao disposto no Decreto nº 8.420/2015, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista. Condutas éticas e sustentáveis, além de agir conforme a lei devem pautar todos os comportamentos, contudo o Decreto nº 8.420/2015 demonstra a necessidade de ajustes a fim de auxiliar na implementação de Programas de *Compliance* em todos os tipos de regime jurídico empresarial.

Contudo, apesar dos seus avanços, o presente decreto e mesmo a Lei Anticorrupção tratam apenas da responsabilização civil de natureza civil e administrativa, não trazendo avanços na responsabilidade criminal.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, estabelece um marco importante nas medidas preventivas contra a corrupção, focando na promoção de práticas de integridade dentro das organizações. Este decreto introduz diretrizes claras para a implementação de Programas de Integridade, que exigem transparência em operações empresariais, incluindo registros contábeis precisos e códigos de ética robustos. Ao enfatizar a importância da supervisão e da transparência nas relações empresariais, o decreto busca minimizar riscos de corrupção e promover um ambiente de negócios ético.

A abrangência do Decreto nº 8.420/2015 ao incluir empresas públicas e sociedades de economia mista destaca a necessidade de uma abordagem uniforme na prevenção da corrupção, ampliando o alcance das regras de *Compliance* para todos os tipos de entidades jurídicas. Esta inclusão é essencial para garantir que todas as organizações, independentemente de sua natureza jurídica, adotem práticas que promovam a integridade e a responsabilidade. No entanto, apesar dos avanços significativos no estabelecimento de responsabilidades civis e administrativas, a questão da responsabilidade criminal permanece um desafio, indicando a necessidade de um enfoque mais abrangente na legislação futura.

Em suma, o decreto reforça a importância de uma cultura de *Compliance* dentro das empresas, incentivando-as a implementarem medidas que garantam o cumprimento das normas e evitem irregularidades. Ele reconhece que, para que as políticas anticorrupção sejam eficazes, é necessário um compromisso contínuo com a transparência e a ética, não apenas por parte das empresas, mas também dos

indivíduos que as compõem. Ao promover uma cultura de integridade, o decreto contribui para o fortalecimento do ambiente de negócios no Brasil, estabelecendo um padrão que pode, a longo prazo, transformar a maneira como as empresas interagem com o setor público e entre si.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que a Lei Anticorrupção não foi uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil, como por exemplo, acordos internacionais recepcionados pelo Brasil que visam o combate à corrupção. Quanto aos seus avanços encontrados, citam-se a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; previsão de punibilidade por atos lesivos cometidos contra a administração pública estrangeira praticados pela pessoa jurídica brasileira; possibilidade de buscar em juízo a incidência das sanções não aplicadas no processo administrativo pela autoridade administrativa omissa; tipificação de atos de corrupção que anteriormente não eram previstos; "a provável quebra do ciclo vicioso da corrupção nas relações entre as empresas privadas e o Estado; o consequente surgimento de uma nova cultura empresarial contra a corrupção; a indução de uma possível redução das crises econômica e política geradas pela endêmica corrupção existente no país" (BERTONCINI, FERREIRA, 2016, p. 454).

Independente de qual cenário positivo ou negativo é evidente a contribuição da Lei Anticorrupção ao apresentar avanços primordiais atinentes a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos e o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos.

A corrupção não possui caráter econômico, encontrando a sua prática no meio político através da realização da exploração de prestígio e na conduta desviada com o objetivo de obter a vantagem de natureza política, incide da mesma forma, na prática da corrupção; e ainda, ela é o próprio mal em si que se alastra pela sociedade, de modo que a própria sociedade favorece para a continuidade dos atos de corrupção ao não fiscalizar os processos licitatórios, não fiscalizar a Administração Pública, não solicitar prestação de contas, entre outros atos de cidadania.

A busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de *Compliance* pode representar surpresa positiva na seara em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores. Com relação ao Decreto nº 8.420/2015, ressalta-se

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista e que apesar dos seus avanços, tal decreto e a Lei Anticorrupção não trouxeram avanços quanto a Responsabilidade Criminal.

A Lei Anticorrupção Brasileira, aliada ao Decreto nº 8.420/2015, representa um marco significativo no combate à corrupção no Brasil, refletindo um compromisso não apenas nacional, mas alinhado a acordos internacionais que visam erradicar práticas corruptas. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público reflete um avanço crucial, destacando a importância de responsabilizar não apenas os indivíduos, mas também as entidades que se beneficiam ou promovem práticas ilegais.

A introdução de mecanismos de *Compliance* e a promoção de Programas de Integridade são passos fundamentais para transformar a cultura empresarial no Brasil. Esses programas incentivam as empresas a adotarem práticas éticas e transparentes, o que não apenas fortalece a confiança do público, mas também reduz o risco de envolvimento em escândalos de corrupção que podem comprometer sua reputação e operação no longo prazo. A consolidação de uma cultura de *Compliance* pode, portanto, ser vista como um caminho eficaz para fortalecer o ambiente de negócios e atrair investimentos éticos e responsáveis.

No entanto, apesar dos avanços significativos na responsabilização civil e administrativa, a Lei Anticorrupção e o Decreto correlato ainda deixam lacunas no que diz respeito à responsabilização criminal de pessoas jurídicas. Este é um aspecto crucial a ser explorado em futuras reformas legais, visando garantir que todos os aspectos do comportamento corrupto sejam devidamente abordados e penalizados, proporcionando um sistema jurídico mais robusto e abrangente.

A corrupção, por sua natureza sistêmica e multifacetada, exige não apenas uma resposta legal, mas também uma mudança de paradigma na sociedade. É essencial que haja uma conscientização coletiva sobre a importância de monitorar e fiscalizar as atividades públicas e privadas. O papel da sociedade civil e das organizações não governamentais é vital para garantir que as políticas anticorrupção sejam efetivamente implementadas e que qualquer desvio de conduta seja rapidamente identificado e corrigido.

Ademais, é crucial enfatizar que a luta contra a corrupção não deve se limitar a um conjunto de regras e regulações. Deve se traduzir em uma transformação cultural

que começa na educação e se estende a todos os níveis da sociedade. As futuras gerações precisam ser educadas sobre os valores da ética e da integridade desde cedo, para que possam contribuir para um ambiente onde a corrupção não tenha espaço para se desenvolver.

Por fim, para que a Lei Anticorrupção e o Decreto nº 8.420/2015 alcancem seu máximo potencial, é imprescindível um esforço contínuo de monitoramento e avaliação de suas implementações. As autoridades devem garantir que as leis sejam aplicadas com rigor e que haja consequências reais para as transgressões. Apenas assim será possível assegurar um ambiente de negócios e governança pública livre de corrupção, promovendo o desenvolvimento sustentável e a justiça social no Brasil.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *in* **Revista Jurídica.** V. 03, n. 44. Curitiba: 2016, p. 451 - 472. Disponível em: <https://docs.google.com/-viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1817/1193>. Acesso em: 25/06/2020.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/05/2019.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito.** Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Apresentação. *in* GUARAGNI, Fábio André (Coord.); CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord.); BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). **Lei Anticorrupção:** comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção:** combate transnacional, *compliance* e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Trad. Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. GUARAGNI, Fábio André. A natureza da contribuição da pessoa jurídica na apuração das infrações previstas na lei anticorrupção. *in* **Revista Jurídica.** V. 01, n. 38. Curitiba: 2015, p. 349 - 366. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://-revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1424/967>. Acesso em: 25/06/2020.

MARTINS JR., Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil:** exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção:** origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS JR, Belisário dos; PARDINI, Isabella Leal. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida necessidade do *compliance*. **Revista interesse nacional.** Ano 6, n. 24, jan./mar. 2014, p. 8. Disponível em: <http://interessenacional.com/index.php/-edicoesrevista/lei-anticorrupcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-docompliance/>. Acesso em: 24/06/2020.

TOKARS, Fabio. Das falhas de mercado às falhas de estado. *in* **Revista Jurídica**. V. 21, n. 5. Curitiba: 2008, p. 143 - 162. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/125/98>. Acesso em: 24/06/2020.

VERÍSSIMO, Carla. ***Compliance*** **incentivo à adoção de medidas anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2017.

A IMPORTÂNCIA DA INDÚSTRIA DE DEFESA E SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DO PAÍS

THE IMPORTANCE OF THE DEFENSE INDUSTRY AND ITS ROLE IN THE COUNTRY'S TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT

Carlos Henrique Baptista Cardoso[1]

Jeferson Sousa Oliveira[2]

Resumo: Este estudo visa explorar a importância da indústria de defesa no desenvolvimento tecnológico do país, além de seus impactos socioeconômicos, como a geração de empregos, proteção da propriedade intelectual e a obtenção de divisas financeiras. O papel do Estado no contexto de defesa e segurança é discutido com o objetivo de promover projetos e pesquisas que possam agregar valor e beneficiar a sociedade a partir desses investimentos. Apesar da contribuição estatal para o desenvolvimento, é essencial considerar os fatores que resultam em falhas de mercado e como implementar mecanismos para mitigar essas falhas. Para isso, foi utilizado o método dedutivo, complementado por uma análise doutrinária e legislativa sobre o tema.

Palavras-Chave: Indústria de Defesa. Estado. Sociedade. Tecnologia.

Abstract: This study aims to explore the importance of the defense industry in the country's technological development, as well as its socioeconomic impacts, such as job creation, protection of intellectual property and obtaining financial resources. The role of the State in the context of defense and security is discussed with the aim of promoting projects and research that can add value and benefit society from these investments. Despite the State's contribution to development, it is essential to consider the factors that result in market failures and how to implement mechanisms to mitigate these failures. To this end, the deductive method was used, complemented by a doctrinal and legislative analysis on the subject.

Keywords: Defense Industry. State. Society. Technology.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas das características que tornam esse setor tão importante e atraente, haja vista as inovações tecnológicas que cercam esse ambiente e os quadros de especialistas que são necessários e acabam

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Marília com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Membro da Junta de Recursos Fiscais da Prefeitura de Marília/SP. Advogado. E-mail: cardosoadv.marilia@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6904-451X>.

[2] Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Docente na Pós-Graduação Lato Sensu e Extensão Universitária em Direito Tributário da Fundação de Apoio à Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Docente na Graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho e da Faculdade Anhanguera de São Bernardo. Advogado. E-mail: jeferson@joliveiraadv.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6890-6974>.

agregando conhecimento de alta complexidade. Entretanto, serão demonstrados alguns dos fatores que acabam compelindo o desenvolvimento da indústria de defesa.

Assim, num primeiro momento, ilustrar-se-á a relevância da indústria de defesa em nosso País no desenvolvimento industrial e tecnológico que visa alavancar novas divisas de capital financeira e intelectual.

O segundo capítulo do presente trabalho versará sobre os impactos de programas militares em favor da sociedade, como geração de empregos, mão de obra especializada, uso de produtos militares na esfera civil, e o aumento de receitas para o Estado diante do alto valor agregado aos produtos.

No terceiro capítulo, será examinada a descontinuidade de programas militares e como gera efeitos prejudiciais que não afetam somente o setor da defesa, mas também o de todo o País, como a perda de empregos, de capital intelectual, mão de obra especializada e a deterioração da infraestrutura, além de colocar em xeque a soberania nacional até pela questão de o Brasil possuir significativas reservas de recursos naturais, em um mundo já cioso da escassez desses ativos.

Consequentemente, diante dos impactos gerados pela descontinuidade de projetos, no quarto bloco analisa-se a questão da defesa como política de Estado em que se deve dar a devida importância ao setor, até porque o Brasil está inserido no contexto internacional em diversos órgãos de relevância, e a falta de investimentos e de apoio estatal acaba prejudicando o avanço tecnológico, gerando uma ineficiência ao setor e àqueles que prestam apoio indireto.

O último capítulo se refere aos mecanismos constitucionais, que validam o desenvolvimento da indústria de defesa, sob a ótica de pesquisa e desenvolvimento via parcerias público-privadas, tal como o envolvimento dos demais entes da Federação e como os riscos de interferências de ordem política, jurídica e orçamentária podem impactar negativamente o setor industrial. Ademais, tratar-se-á de paradigmas que visam evitar situações que possam atingir o setor da indústria de defesa.

Para isso, o estudo ora realizado visa abordar a importância da indústria de defesa e seu aspecto socioeconômico. Utilizar-se-á o método dedutivo, valendo-se de revisão bibliográfica nacional e estrangeira, além de análise das diversas disposições legais e regulatórias atinentes ao tema ora proposto.

2. IMPORTÂNCIA DA INDÚSTRIA DE DEFESA

Em uma sociedade complexa e com interesses muitas vezes incomuns, sempre se tenta conviver com o máximo de harmonia; no entanto, pode ocorrer que esse convívio deixe de ser harmonioso e haja rompimento entre os Estados, criando tensões seja por despreparo de seus líderes, por rompimentos institucionais ou por interesses econômicos, entre outros fatores.

Tal preocupação já era abordada por Adam Smith, que defendia gastos com a defesa e que o Estado deveria manter um exército permanente e profissional. Nesse contexto, traz-se a importância da produção de materiais essenciais à manutenção das forças, e o Estado poderia nestes casos interferir na economia, a fim de proteger o parque industrial de defesa.

> Nem sempre é necessário acumular ouro e prata para que um país possa fazer guerra contra estrangeiros e manter esquadras e exércitos em terras distantes. As esquadras e exércitos não se mantêm com ouro e prata, mas com bens de consumo. A nação que, da produção anual de sua indústria nacional, da renda anual proveniente de suas terras, de sua mão-de-obra e do seu capital consumível, tiver com que comprar esses bens de consumo em países distantes tem condições de manter guerras nesses países (SMITH, 1996, p. 425).

Diante desse panorama, o Estado que possua um parque industrial pujante, preparado e com investimentos, seja de ordem estatal ou privada, poderá suprir as necessidades de defesa da pátria e da sociedade. Por se tratar de um setor altamente estratégico para o Estado, muitos países investem elevadas quantias para o desenvolvimento de novos produtos e maquinários em cooperação com entidades civis e militares, visando, primeiramente, à defesa nacional e, como consequência, à busca por novos mercados externos para fins de comercialização desses novos produtos.

A inserção externa dos produtos da defesa é fundamental para que o parque industrial nacional tenha mais qualidade e eficiência, assim se faz necessária a abertura de novos mercados internacionais para que haja desenvolvimento tecnológico.

Nesse sentido, acerca dos benefícios do comércio internacional:

> Melhor fluxo de ideias. Acredita-se que a transferência de avanços tecnológicos, em todo o mundo, esteja ligada à comercialização dos bens que incorporam esses avanços. A melhor maneira de um país agrícola pobre aprender sobre revolução dos computadores por exemplo, é comprar alguns

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

> computadores do estrangeiro, em vez de tentar produzi-los internamente (MANKIW, 2016, p. 185).

Com o desenvolvimento da indústria de defesa e sua consequente abertura ao mercado internacional, ter-se-á um custo menor por meio de economias de escala, que são bens produzidos a baixo custo e em quantidade grande; mais competição; mais variedade de produtos e avanço tecnológico (MANKIW, 2016). Ressalva-se que aqui não se fala em transferência de tecnologia que seja segredo de Estado, como, por exemplo, processo de construção de reator nuclear de um submarino, e sim de outras tecnologias que não sejam sensíveis à soberania e à segurança nacional, mas possam ser objeto de transferência.

> Os economistas reconhecem que proteger indústrias-chave pode ser apropriado quando há preocupações legítimas com a segurança nacional, mas temem que esse argumento seja usado de forma exagerada por produtores ávidos por obter lucro à custa dos consumidores. (MANKIW, 2016, p. 173)

No que concerne às indústrias-chaves como, por exemplo, a Indústria de Material Bélico do Brasil (IMBEL), o Estado atua por meio de absorção, um dos meios de intervenção na atividade econômica, explorando diretamente a atividade, pelo fundamento da segurança nacional, até por previsão do artigo 173 da Constituição Federal, uma vez que esse tipo de monopólio dentro da análise econômica do direito não se trata de externalidade negativa, mas sim positiva, pois os impactos dessas ações são benéficos a todos os envolvidos.

> Nova questão é então proposta: o texto constitucional admite que a exploração direta de que trata o art. 173 seja empreendida em regime de monopólio? Parece não restar dúvida não apenas quanto à possibilidade, mas até mesmo à imperiosidade, de a exploração direta da atividade, na hipótese de imperativo de segurança nacional - então definida por lei federal - ser empreendida em regime de monopólio. (GRAU, 2010, p. 288)

Posto isso, o Estado protege indústrias-chaves e atua como parceiro em desenvolvimento de projetos junto com a iniciativa privada, como no caso do projeto KC-390 Millennium, parceria da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (EMBRAER) com a Força Aérea Brasileira (FAB). Tal projeto, fruto dessa parceria, fomentou a indústria de defesa, que possibilitou a renovação da frota cargueira e como consequência beneficiou outros setores, como engenharia, metalurgia, softwares,

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

bem como a geração de empregos e a venda desses aviões para outros países, como Hungria, Portugal e Holanda (GAZETA DO POVO, 2022). Esse novo vetor da Força Aérea proporciona benefícios principalmente como no caso do Brasil que possui dimensões continentais em que muitas vezes a logística é feita pela aviação de guerra, e isso pode ser visto no caso da Covid-19, em que o transporte de cilindros de oxigênio ocorreu pelo KC-390, produto este da indústria de defesa nacional.

Como observa Cristiano Cruz, os mundos militar e civil sempre estiveram interligados, pois os conhecimentos, como metalurgia na área militar, são empregados ao meio civil de modo eficiente, como motores a vapor para navegação e para indústria do setor civil, e de maneira similar conhecimentos químicos, desde a produção de fertilizantes ao agronegócio e à indústria farmacêutica (AMBROS, 2017).

A indústria de defesa é um dos pilares tecnológicos de primeira linha, porque emprega profissionais de diversas áreas de especialização, seja na criação de semicondutores, sistemas de navegação, sistemas de armas, lançamento de foguetes, soldas especiais, desenvolvimento energético etc. (BARROS, 2023). Toda essa aplicação tecnológica e específica, muitas vezes é exportada para a indústria em geral, consequentemente há o interesse estatal em incentivar a produção de novas criações tecnológicas; o Estado utiliza-se de ferramentas, como a redução de tributo, financiamentos ou criação de leis que regem a propriedade intelectual e garantem as patentes e os direitos de autorias.

Embora a indústria de defesa represente uma pequena parte do parque industrial brasileiro, mesmo sendo muitas vezes deixada de lado pelo Estado Brasileiro, gerou vinte e cinco mil empregos diretos e cem mil indiretos em 2011, mas estes números poderão crescer ante alguns novos projetos, como no caso das construções dos novos submarinos e fragatas Tamandaré da Marinha do Brasil (CORREA FILHO, 2013).

Em vista disso, a indústria de defesa possui um papel importante, primeiramente por seu aspecto estratégico; em segundo plano, consegue trazer várias outras cadeias produtivas no desenvolvimento de novos equipamentos e tecnologias, que acabam sendo utilizadas nos demais meios industriais, de modo que o País consiga nacionalizar vários componentes importantes de uma cadeia de produção, seja mecânica ou tecnológica.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

3. IMPACTOS DE PROGRAMAS MILITARES EM PROL DA SOCIEDADE

Em geral, o ciclo para desenvolvimento de produtos na área militar é de longo prazo, pois se faz necessária a criação de novos projetos e mecanismos de produção para que haja desenvolvimento desse produto. Tais projetos na indústria de defesa passam por rigor técnico e científico, pois, antes de se colocar o produto de forma definitiva no mercado, protótipos são testados e homologados posteriormente; portanto, há uma estrada a ser percorrida até que esse bem esteja disponível para produção em série.

O investimento em pesquisa e novas tecnologias relacionadas a essa área de conhecimento é requisito essencial para a sustentabilidade de uma indústria competitiva.

Como observado, grande parte das tecnologias desenvolvidas pela indústria de defesa possui aplicação direta no mundo civil gerando benefícios a toda a sociedade; à vista disso, os investimentos por parte do Estado contribuem na melhora do setor de defesa e segurança e semeia ganhos ao mercado civil. Podem-se citar como exemplos a tecnologia do GPS hoje empregada nos celulares e automóveis, assim como motores a jato utilizados nas aeronaves comerciais.

Por se tratar de uma indústria caracterizada por conteúdo tecnológico relevante, ela agrega valores superiores em termos de mercado, apresentando melhores indicadores comparativamente a outras atividades econômicas (CORREA FILHO, 2013).

Por exemplo, os programas espaciais que tiveram como resultado a criação de inúmeros novos mercados e se mantêm de forma perene e lucrativa, pois hoje é praticamente impossível falar em comunicação a longas distâncias sem de certa forma citar um componente ligado ao espaço. Um modelo notório é a transmissão de imagens via satélite e sinais de telecomunicações. O programa espacial para o Brasil é de suma importância, visto que, pelas questões territoriais continentais, o emprego de satélites auxilia na vigilância das riquezas do País, consegue mostrar focos de queimadas e desmatamentos nas florestas em tempo real, e posteriormente pelo mercado lucrativo de lançamento de satélites que proporciona maiores divisas ao País, sem falar da maior qualificação profissional.

Menciona-se a Figura 1 que compara os preços médios de commodities e de artefatos espaciais no mercado internacional:

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Figura 1 – Quilograma de commodity comparado a um quilograma de tecnologia espacial

Fonte: Agência Espacial Brasileira (2020).

Em congruência aos aspectos citados, há o Programa de Desenvolvimento de Submarinos (Prosub) da Marinha do Brasil em que, por meio de acordos de compensações denominadas offset e de compras governamentais, o país comprador exige benefícios adicionais na compra de produtos de fornecedores estrangeiros, a fim de desenvolver industrial e tecnologicamente. Assim, no caso do Prosub houve acordo entre o Estado francês e brasileiro, para aquisição de submarinos convencionais, de propulsão diesel-elétrica e nuclear; em compensação, os franceses transfeririam técnicas de construção desses submarinos (PADILHA, 2012).

Valendo-se da definição de offset, segundo Leonardo Pinto Oliveira:

> Outra definição largamente conhecida refere-se ao conceito de que aquisições específicas, de fornecedores do exterior, deverão ser compensadas por diversas maneiras, beneficiando setores e áreas definidas pelo país importador. Outrossim, esta prática compensatória também pode ser considerada uma condição para a importação de bens e serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica e comercial, exigida por um comprador estrangeiro. (OLIVEIRA, 2020, p. 11)

O desenvolvimento na construção do submarino nuclear brasileiro dotará a indústria de defesa com tecnologia nuclear de ponta que fortalecerá toda a gama de produção nacional. Nesse processo de desenvolvimento, pode-se visualizar a capacitação de pessoas, transferência de novas tecnologias, nacionalização de componentes, melhora na infraestrutura, capacidade de manutenção e demais benefícios desse programa.

Nesse sentido:

> Programa Nuclear da Marinha e do Prosub nos últimos dez anos movimentou 700 empresas civis nacionais, 18 universidades e institutos de pesquisa, 4.800 empregos diretos e 12.500 empregos indiretos. Já no que tangencia a defesa nacional, Albuquerque lembrou que, além da Amazônia Verde, com 5,2 milhões de quilômetros quadrados, a Marinha batizou de "Amazônia Azul" a faixa de oceano de 4,5 milhões de quilômetros quadrados que se estende a partir da costa em direção ao oceano Atlântico (JUNIOR, 2018, informação verbal).

Destaca-se que o Brasil está desenvolvendo o motor movido à energia nuclear e será instalado no submarino denominado "Álvaro Alberto". Para esse tipo de desenvolvimento tecnológico, poucos Estados possuem essa expertise, quem detém esse conhecimento não repassa a outros países, por se tratar de uma tecnologia sensível e de segurança nacional. No caso do Brasil, ele entrará para um seleto grupo de países que possuem essa tecnologia, como no caso de Estados Unidos, Rússia, China, França, Reino Unido e Índia (IPEN, 2022). Em termos regionais e geopolíticos, mostra a força e a capacidade da indústria nacional, bem como a capacidade de defesa e de dissuasão de qualquer ameaça à soberania.

Toda essa capacidade de desenvolvimento nuclear terá aplicação em vários setores, entre eles o da Saúde, desde a esterilização de materiais cirúrgicos até a de tecidos humanos e sangue que irradiados garantem mais segurança nos transplantes (BRASIL, 2019).

Importante destacar o papel dos militares em fomentar a indústria nacional de defesa, em vez de simplesmente adquirir o produto via prateleira, ou seja, comprar determinado bem sem nenhum tipo de benefício ou estímulo que não agregaria qualquer tipo de conhecimento e geração de empregos diretos e indiretos.

4. DESCONTINUIDADE DOS PROGRAMAS MILITARES E SEUS IMPACTOS

Atualmente, o Brasil possui uma fronteira terrestre em torno de 17 mil quilômetros de extensão, o que corresponde a 27% do território nacional; inclui onze estados fronteiriços e está disposta por dez países vizinhos; possui uma plataforma marítima de aproximadamente 4.500.000 km2 e espaço aéreo com um total de 22 milhões de km2, sobre terra e mar (BRASIL, 2020).

Nos últimos anos, o Estado Brasileiro tem se tornado um ator internacional de relevância crescente, pela diplomacia, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, considerada de excelência, ou por meio de missões de paz com

participação das Forças Armadas, pelo manto das Nações Unidas (ONU), como nos casos do Haiti, Líbano, Timor Leste, Canal de Suez, dentre outros (BRASIL, 2020).

Há inúmeras riquezas em recursos naturais e biodiversidade na Amazônia Verde e Azul. Nesse contexto global, evidente haver interesses de potências estrangeiras em nossas riquezas e também de guerrilhas, não obstante já ter havido ocorrências no passado que abriram os olhos para a importância da defesa e segurança da nação.

Como exemplo a questão da guerra da lagosta em que o Brasil e a França, entre 1961 e 1963, entraram em atrito, e os respectivos países mobilizaram seus recursos bélicos, tendo a Marinha do Brasil flagrado barcos franceses pescando lagosta clandestinamente na costa de Pernambuco, em águas territoriais brasileiras; como consequência, houve protesto do Estado francês que deslocou sua marinha de guerra para a região, tal crise levou o governo brasileiro a deslocar seus meios navais ao local da crise, a fim de demonstrar que o país estava disposto a defender seus direitos. Finalmente, o conflito de interesses foi resolvido no campo da diplomacia (POGGIO, 2016).

Durante a crise verificou-se que a infraestrutura portuária estava deficitária, pois não conseguiu basear[3] grande parte dos navios, pois foi constatado baixo nível de munição; equipamentos de salvamento em estado crítico; lanchas dos navios em situação lastimável, algumas nem sequer se encontravam aptas a uso; controle de avarias e estanqueidade[4] de compartimentos que comprometiam a operação das embarcações, não possuindo segurança para navegação. Alguns navios eram arrendados dos Estados Unidos da América; submarinos não possuíam torpedos com cabeça de combate, houve improviso para que pudessem funcionar. Verificou-se que alguns aviões da FAB não possuíam equipamentos especiais para esclarecimento, e o reconhecimento era feito de forma visual (POGGIO, 2016). Todos esses fatores se deram ao contingenciamento de verbas, gerando efeitos catastróficos que colocaram a soberania e a segurança em risco.

Provou-se positivamente neste fato histórico a mobilização rápida das forças armadas e a determinação de se manterem firmes, o que passou a impressão de que

[3] Basear refere-se em navios atracados nos portos.
[4] Segundo o dicionário Priberam, estanqueidade representa o mesmo que estanquidade, ou seja, a qualidade do que é estanque. As embarcações são divididas internamente em espaços diversos, estanques ou não, o termo utilizado no meio naval é que são processos utilizados para checar se há ou não, a existência de vazamentos.

todos os meios navais e aéreos estavam plenamente operantes, pois, na dúvida, o oponente resolveu não apostar alto; no entanto, a determinação não poderia estar à frente da aplicação de meios tecnológicos avançados (POGGIO, 2016).

Importante destacar que, em âmbito internacional, não há amizade, mas sim interesses em comum; quando estes deixam de existir ocorre o afastamento de ambos, e nesse panorama a indústria de defesa se faz necessária, pois compras no exterior acabam acarretando dependência; caso haja ruptura entre o Estado comprador e o Estado vendedor, o país dependente sofrerá consequências graves, porque a manutenção e a compra de itens básicos serão barrados pelo país vendedor e seus aliados. Desse modo, é salutar a independência da Base Industrial de Defesa (BID) nacional.

Posto isso, a Base Industrial de Defesa, nas décadas de 70 até 90 com apoio Estatal, começou a desenvolver vários projetos no intuito de diminuir a dependência de materiais estrangeiros; aqui se abordam alguns desses projetos e como eles sofreram com a descontinuidade, gerando efeitos que atualmente impactam toda a sociedade.

Consequentemente, em 1976, houve a incorporação das fragatas da classe Niterói na Marinha do Brasil, um projeto de aquisição de seis navios; destas, quatro seriam construídas no Reino Unido e duas no Brasil, no Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ), com material, equipamentos e assistência tecnológica do estaleiro inglês (BRASIL, 2022).

No projeto de desenvolvimento das novas fragatas “se incluíram a instrução e o treinamento para a construção no País, e também o fornecimento de ampla e excelente documentação técnica, base para o projeto nacional das corvetas classe Inhaúma nos anos 80” (FREITAS, 2014, p. 17).

Por motivos estratégicos e no intuito de dominar tecnologias para diminuição da dependência externa, visando à nacionalização de componentes por meio da Base Industrial de Defesa, houve parceria do Brasil com a Alemanha para a construção dos submarinos da classe U-209-1400, porque, simultaneamente, a Marinha intensificava ações na área Nuclear, objetivando no futuro o projeto para construção de um submarino de propulsão nuclear, visto a imensidão de nosso território marítimo (FREITAS, 2014).

Nesse cenário de incentivos em diversas áreas da indústria de defesa, houve necessidade de recuperação e ampliação da infraestrutura, como portos, aeroportos e estradas. Desse modo, vários setores foram beneficiados.

Dentro do setor naval, especificamente nos submarinos, houve uma grande capacitação de profissionais que foram treinados na Alemanha; lá aprenderam novas técnicas de construção e manutenção.

> O treinamento muito bem planejado desses engenheiros e técnicos foi um grande avanço em relação a todos os anteriores processos de obtenção de navios da Marinha no exterior, e uma evolução do que já se fizera dez anos antes na obtenção das fragatas classe Niterói na Inglaterra. Ele permitiu a construção dos primeiros submarinos IKL-140 no Brasil sob adequados métodos de Garantia de Qualidade e com um mínimo de assistência técnica estrangeira (FREITAS, 2010, p. 46).

Como consequência desse estímulo, ocorre o desenvolvimento de empresas como Embraer e Engesa, esta, apesar de investimentos estatais, acabou falindo em 1993. O grupo Engesa chegou a ter onze mil empregados, dos quais seiscentos eram técnicos, projetistas e engenheiros (ORBE, 2019).

Ocorre que o comportamento de uma economia acaba refletindo o comportamento das pessoas, e há situações em que se exige a tomada de decisões entre escolher um objetivo em detrimento de outro.

Na economia, *tradeoff* é um termo que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinados problemas acarreta inevitavelmente outros (MANKIW, 2016, p. 4). É concebível definir *tradeoff* quando há conflitos de escolha, estes muitas vezes estão incluídos na maioria das decisões políticas, e esta decisão pode aumentar a eficiência ao custo da igualdade, porém atingirá outro setor, às vezes de forma negativa.

Esse fenômeno pode ser verificado no final dos anos 80 e 90, quando todas as vantagens construídas durante décadas começaram a se desfacelar com os cortes constantes do orçamento da defesa, e acabaram impondo limitações ao setor da indústria de defesa.

> Pior que isso foi o declínio salarial, causador das demissões de dois engenheiros da equipe, um deles treinado na Alemanha, bem como do êxodo dos melhores desenhistas. Continuando os salários a declinarem, houve forte indício de que outros engenheiros se demitiriam, o que de fato ocorreu em 1988. [...] Novas demissões eram inevitáveis, e cada elemento treinado que saía era uma perda em dinheiro e um retrocesso no tempo, pois nele investiu-se durante os projetos (FREITAS, 2010, p. 60).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Avalia-se que quando não há aporte de dinheiro nos projetos e pesquisa, o retrocesso é muito maior que o investimento feito ao longo dos anos, e infelizmente todo trabalho é perdido, resultando em desemprego, insegurança jurídica, perda de capital, fuga de técnicos especialistas e deterioração da infraestrutura.

Um efeito imediato é que, quando há crescimento social e financeiro das sociedades que orbitam nas proximidades de determinado parque industrial, há desenvolvimento da região, o que estimula a expansão dos mercados de serviços, com efeito contrário quando determinada indústria começa a não se desenvolver e acaba falindo.

Além desses problemas, perfaz-se também a desnacionalização da indústria de defesa, frustrando as aspirações de desenvolvimento e garantia de soberania e patrimônio, pois o país ficará a mercê de potências estrangeiras, além da fuga intelectual que, como visto, gera prejuízos enormes. Empresas que dependiam exclusivamente da venda de seus produtos ao Estado – haja vista ser este, muitas vezes, seu maior cliente – sofreram um forte golpe, como no caso da Engesa, que faliu levando anos de aprendizagem tecnológica, e de um parque industrial militar que nos anos 80 estava entre os mais importantes do mundo (ORBE, 2019).

Alguns aspectos deveriam ter sido observados à época pelo Estado, pois nos anos 80 até meados dos anos 90, houve episódios mundiais que ora podem beneficiar a indústria e ora podem prejudicá-la, tal como episódios entre a guerra Irã-Iraque, em que houve um aumento no petróleo. Analisando esse cenário friamente, dificilmente o Iraque conseguiria honrar seus compromissos, outro ponto foi o enfraquecimento da União Soviética (URSS) com a invasão ao Afeganistão; como consequência haveria desaceleração a uma corrida armamentista, o retardamento econômico dos países da América Latina, em 1980, e a bolha imobiliária das ações no Japão, em 1985. A economia não possui laboratórios iguais aos dos biólogos ou cientistas que fazem testes para verificar um resultado, “os economistas possuem como laboratório as experiências naturais que a história oferece, por exemplo, quando uma guerra no Oriente Médio interrompe o fluxo de petróleo, os preços explodem” (MANKIW, 2016, p.22).

Portanto, ante esse cenário, dentro da análise econômica do direito, segundo Caliendo (SILVEIRA, 2009), há alguns meios eficientes em que o direito pode encorajar a eficiência, primeiramente por meio da correção ou prevenção às falhas de mercado, em que o direito estabelece regras jurídicas para manter a eficiência geral

do sistema, garantindo a previsibilidade e o cumprimento de promessas negociais ou regulando as externalidades.

Em algumas situações deve haver investimento governamental em grande escala, principalmente em pesquisa e desenvolvimento (P&D), que são importantes na criação de técnicas como no caso das tecnologias da internet, energia nuclear, tecnologia da informação, tecnologias espaciais, tecnologias da aviação e produção em massa, estes são exemplos de liderança pelo Estado (MAZZUCATO, 2014).

Desse modo, toda descontinuidade de programas faz o País retroceder, tanto financeira como tecnologicamente, sendo necessário aos integrantes da Base Industrial de Defesa demonstrar sua importância para a população, e não somente às Forças Armadas, pois várias tecnologias advindas do setor militar hoje são inseridas no campo civil, e isso deve ser demonstrado para a sociedade, visto que se há interesse da nação como um todo, o Estado deverá acolher esses anseios.

5. DEFESA QUESTÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO

Como analisado, o Brasil além de seu tamanho territorial, destaca-se no cenário regional, continental e mundial. A inserção do Estado brasileiro no contexto internacional é muitas vezes decisiva, e outros Estados estrangeiros acabam seguindo as mesmas diretrizes em votações nos órgãos internacionais.

Em um contexto internacional e geopolítico não há amigos, mas sim interesses em comum entre Estados; no entanto, tais interesses muitas vezes podem colidir, e a defesa de um país sempre deve estar vigilante independentemente de ameaça, ou não.

O Brasil atualmente integra inúmeros organismos internacionais, como Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial do Comércio (OMC), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre outros (MRE, 2022). Nesse panorama, o Brasil possui um papel importante nas decisões em organismos internacionais, mas às vezes acaba contrariando potências estrangeiras, como quando há conflito de interesses com nossos vizinhos estadunidenses em relação a nossas inclinações ao Brics, em que além do Brasil fazem parte a China, a Rússia, a Índia e a África do Sul.

Nessa aliança entre os integrantes do Brics, apesar de geograficamente distantes entre outros fatores, existem alinhamentos em comum de seus integrantes, sem falar que grande parte do mercado consumidor está dentro desse bloco. O Brics

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

pela importância de seus membros acaba sendo uma balança de peso em face de outras potências estrangeiras, mesmo que economicamente, pois como visto grande circulação de bens se dá principalmente em países como Brasil, China e Índia. Sob a perspectiva militar, cumpre recordar que alguns membros do Brics possuem uma posição de destaque, enquanto outros, como o Brasil, têm buscado ganhar espaço também nesse segmento. (IPEA, 2014)

No contexto global, o Brics, mesmo que ainda não sendo um bloco estruturado aos moldes da União Europeia, concentra grande parte da população mundial, com destaque para China, Índia e Brasil.

Além desses fatores, o Brasil, detentor de uma gama de recursos naturais e com a maior biodiversidade do planeta, necessita estar em vigilância para fins de proteção do patrimônio nacional, mesmo que sejamos pacíficos. A história demonstra que, quando não se tem um investimento no parque industrial de defesa, os efeitos negativos são gigantescos (ORBE, 2019).

Pode-se verificar esse impacto da falta de investimento na guerra das Malvinas entre Argentina e Reino Unido, em que a indústria de defesa argentina era obsoleta e dependia totalmente de fornecedores estrangeiros, tanto que foram boicotados por vários países por pressão britânica, a fim de que as exportações fossem interrompidas e as aeronaves e os mísseis fossem retidos (SILVA, 2020).

Há um exemplo claro no contexto geopolítico de como a falta de políticas públicas ao parque industrial de defesa pode gerar efeitos graves a um país.

Por essa razão, “o papel do Estado não se limita à criação de conhecimento por meio de universidades e laboratórios nacionais, mas envolve também a mobilização de recursos que permitam a difusão do conhecimento e da inovação por todos os setores da economia” (MAZZUCATO, 2014, p. 59).

O Brasil possui muita influência geopolítica; é crucial, pois, o investimento na BID e em avanços tecnológicos. Evidente que, para o desenvolvimento de uma indústria forte e capacitada, deve o Estado traçar estratégias e analisar o momento histórico a dada finalidade, pois as escolhas sempre possuem prós e contras.

É importante verificar onde o Estado alocará seus recursos, até para que haja mais eficiência e se evite o desperdiço de dinheiro público, assim neste quadro observa Elcio de Sá Freitas:

> Em tecnologias complexas, conhecer e combinar todos os elos e insumos já é um grande feito. Possuí-los depende de conhecê-los, mas também de tê-los como recursos naturais. Utilizá-los livremente depende de capital para industrializar a tecnologia e mercados abertos para seus produtos. Dominar uma tecnologia e não conseguir utilizá-la livremente será perda de capital, tempo e esforço investido. Independência tecnológica é propósito a perseguir somente em casos críticos. Se perseguido imoderadamente, poderá resultar em colapso financeiro e malogro do desenvolvimento como um todo. Em geral, o possível e indispensável é uma bem planejada redução de dependências (FREITAS, 2014, p. 18).

A redução tecnológica de fornecedores estrangeiros, de forma contínua e planejada, rende bons frutos para a indústria de defesa nacional, e a nacionalização de parte de componentes dá mais independência tecnológica ao País, pois evidentemente partes do processo industrial hão de ter participação de parceiros estrangeiros, e quanto mais domesticar peças-chaves, maior será o fortalecimento da Base Industrial de Defesa.

Como observa Caliendo, na análise econômica do direito há dois modelos quanto à eficiência, um é o de Pareto, em que uma política que maximiza ganhos para todos os indivíduos envolvidos é aquela solução que, se implementada, não produz prejuízos para nenhum indivíduo envolvido; todavia, há um modelo oposto defendido por Kaldor-Hicks, em que os ganhos dos vencedores são suficientes ou maiores para compensar as perdas dos excluídos, ou seja, a eficiência pode se dar com a presença de alguns prejuízos para alguns dos envolvidos no processo (SILVEIRA, 2009).

Há riscos no mercado de defesa, desde a falta de incentivos estatais, bem como projetos que não atendam mais a um determinado fim. Porém, o desenvolvimento tecnológico ou industrial obtido pode ser utilizado em outros setores, por exemplo, herbicidas, fungicidas, inseticidas e fertilizantes químicos na produção agrícola (ANDRADES; GANIMI, 2007). Além, da formação de mão de obra qualificada e técnicos especializados em áreas exclusivas. Portanto, nessa conjuntura, o modelo de Kaldor-Hicks é mais apropriado, mas isso não quer dizer, como visto, uma perseguição imoderada ao desenvolvimento tecnológico.

Partindo desse ambiente, o empreendedorismo está ligado ao risco e é claro que isso não está ligado na questão sorte, mas baseado em estratégias de longo prazo e investimentos direcionados (MAZZUCATO, 2014)

A política de defesa deve ser tratada como parte integradora de políticas de Estado, pois governos mudam; no entanto, o Estado permanece, e tais políticas

devem ser contínuas; por certo as descontinuidades só geram prejuízos, retrocesso, insegurança jurídica e risco à soberania.

Muito bem-vindo ao setor da indústria de defesa, programas como a Política Nacional de Indústria de Defesa (PNID), a Estratégia Nacional de Defesa (END) e a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) buscam reestruturar e promover a Base Industrial de Defesa (ORBE, 2019).

> Outro ponto relevante da END foi a definição de três setores tecnológicos estratégicos, considerados decisivos para a defesa nacional: o espacial, o cibernético e o nuclear. Tais setores, segundo a END, devem ser fortalecidos, sendo que as parcerias internacionais e as importações de bens e serviços precisam levar em conta o objetivo de promover a capacitação e o domínio tecnológico nacional. A END representou, assim, um relevante marco no desenvolvimento de políticas voltadas à BID (ORBE, 2019, p. 27).

Apresenta-se o caso da empresa brasileira AEL Sistemas, sediada em Porto Alegre/RS, que faz parte do programa F-X2 da Força Aérea Brasileira, no desenvolvimento, dos caças Gripen F-39, de origem sueca, em que o Brasil e a Suécia são parceiros via contrato offset, que tem por objetivo final dessa política a capacitação tecnológica e fortalecimento da BID brasileira; neste caso, a AEL Sistemas irá fornecer os displays de cabine Wide Area Display (WAD) e Head-Up Display (HUD) para os caças da Força Aérea da Suécia (SwAF), pois inicialmente a AEL Sistemas só forneceria esses dispositivos para a Força Aérea Brasileira, e não para a Suécia; todavia, a expertise e o trabalho de altíssima qualidade chamaram atenção da SwAF, que resolveu adotar o mesmo sistema em seus caças, ou seja, isso demonstra o quanto o Brasil possui capacidades de criação e de inovação que superam os produtos estrangeiros (DEFESA EM FOCO, 2021).

Como pesquisado, os ganhos são grandes, e o Estado deve dar continuidade nos investimentos, mas é preciso socializar esses temas para se ter uma mentalidade de que são necessários tais investimentos, e essa institucionalização das relações civil-militar é fundamental num regime democrático, mesmo sabendo de todas as dificuldades do processo de consolidação.

6. MECANISMOS LEGAIS PARA O DESENVOLVIMENTO E RISCOS DE INTERFERÊNCIAS NEGATIVAS NO SETOR

A defesa nacional trata-se de um serviço público, como educação, ciência, saúde, assistência social, cultural etc. O país privilegia a paz e defende o diálogo; no

entanto, é essencial que o Brasil esteja sempre atento aos eventos históricos, presentes e futuros, para que possa em momentos de crises e instabilidades nos relacionamentos entre países esteja pronto e vigilante caso haja alguma ameaça à soberania nacional[5]. É indissociável a defesa para que se tenha desenvolvimento industrial e tecnológico.

Como visto na presente pesquisa, a América do Sul e os países africanos lindeiros ao Atlântico Sul detêm significativas reservas de recursos naturais, em um mundo já cioso da escassez desses ativos. Esse é um cenário que poderá ensejar a ocorrência de conflitos nos quais prevaleça o uso da força ou o seu respaldo para a imposição de sanções políticas e econômicas. Potências externas têm incrementado sua presença e influência nessas áreas (ORBE, 2019).

Fixa-se a importância do parque industrial de defesa para o desenvolvimento do Brasil e a garantia de independência de certos componentes-chaves. Contudo, a aceleração ou a desaceleração dos investimentos voltados para a defesa são diretamente proporcionais ao grau de desenvolvimento.

Como observado, o setor público geralmente acaba fazendo muito mais do que corrigir falhas de mercado como se costuma verificar, também visa investir em pesquisas básicas, visto que estas são exemplos de falha de mercado, pois, para as empresas maximizarem lucros, investem em pesquisa aplicada (MAZZUCATO, 2014). Portanto, como o mercado sozinho não produz pesquisa básica, o Estado acaba intervindo, o que há de gerar um saldo positivo no futuro.

No Brasil, os artigos 219-A e 219-B da CF/88 que se encontra no Capítulo IV da Ciência, Tecnologia e Inovação, no qual os entes da Federação União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicas e com entidades privadas que podem abranger recursos humanos especializados, as capacidades já instaladas no intuito de executar projetos científicos e tecnológicos e de inovação.

Trata-se de um interessante compartilhamento entre todos os entes, o qual pode agregar desenvolvimento técnico e científico na indústria de defesa, desde

[5] De acordo com o artigo 4° da CF/88, a defesa da paz, qualidade de parâmetro das relações exteriores do Brasil com o advento do texto constitucional de 1988, tornou-se diretriz explícita dos relacionamentos internacionais. Como exemplo, a exploração de serviços e de instalações nucleares somente se realiza para fins pacíficos e com aval do Congresso, conforme artigo 21, inciso XXIII, alínea a, da CF/88.

alocação de militares e civis para o amadurecimento de projetos de pesquisa, o que acaba otimizando tempo e custos:

> É um *munus* público que concorre a todos os entes, a possibilitar a soma de esforços financeiros, alocação de pessoal, e diversas capacidades entre eles; permitiu ao poder executivo discricionariamente remanejar os recursos orçamentários no Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. [...] Os arts. 219-A e 219-B, os quais basicamente criam o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, salientando o papel dos instrumentos de cooperação entre os agentes, alas e setores para o intercâmbio de recursos financeiros, humanos, capacidades e instalações a fim de performar a integração constitucionalmente optada (CIRAULO, 2020, p. 139).

Essa integração entre os setores civis e militares acaba por fazer diminuir a probabilidade de insucesso, aumentar o leque de aplicações e criar uma espécie de subsídio cruzado; a viabilidade em um segmento deve retroalimentar o sistema e prolongar as atividades dos outros que ainda não obtiveram resultados satisfatórios.

A Constituição Federal deixa determinado em seus artigos 219-B e seguintes, que somente a União poderá legislar acerca de normas gerais ao Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia; todavia, os demais entes federativos podem legislar concorrentemente em suas peculiaridades.

Ocorre que reiteradamente interferências de caráter político acabam interferindo negativamente.

> Essa integração não resulta apenas em benefícios financeiros, finalísticos e operacionais, há relevante prospecto político. O §5º do art. 167 da Constituição Federal permite a movimentação das dotações dentro do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação por ato direto do Poder Executivo, o que diminui a necessidade de um destacamento institucional para alianças políticas no Poder Legislativo. Este mesmo destacamento é prejudicial em virtude de eventual desvio institucional, pois tais projetos podem não corresponder a essência finalística do órgão, empresa ou mesmo setor, mas o peso do envolvimento político acaba fazendo o ser. Este peso político inviabiliza diversas vezes qualquer iniciativa e, em outras tantas, o prosseguimento dos projetos, os quais acabam abandonados em claro prejuízo ao empenho e aos investimentos retrospectos (CIRAULO, 2020, p. 141).

Defesa deve ser assunto de Estado, e não de governo, pois algumas decisões baseadas somente no cunho político podem gerar efeitos negativos que atingem diversas cadeias produtivas e de conhecimento. Cumpre observar, também, que a indústria de defesa e de segurança tem estrutura oligopolizada, sendo os principais players grandes conglomerados (CORREA FILHO, 2013).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Nesse contexto, muitas vezes o Estado é o maior comprador de produtos na área de defesa, e existem poucas empresas que detêm algum tipo de conhecimento, assim se deve observar e se atentar dentro dessa estrutura oligopolizada se há representantes de um grupo de interesse que firmam ligações com o poder público, esses grupos irão fazer lobby como meio para viabilizar suas necessidades, assim diante dessas falhas de mercado, como observa Paulo Caliendo (SILVEIRA, 2009), que podem se dar pela competição imperfeita, informação assimétrica ou externalidade/efeitos colaterais, o Estado deve estar atento às condutas oportunistas que podem se dar por diversas espécies, como pré-contratual, contratuais e pós-contratuais.

Por meio desse cenário, pode ocorrer o fenômeno rent seeking (busca pela renda), cuja definição consiste na atividade de conquistar privilégios e benefícios não pelo mercado, mas pela influência política. Na prática, é a captura das instituições regulatórias, de políticos e de burocratas com o objetivo de obter privilégio em prol de grupos interesses (SILVEIRA, 2009).

> O sistema pode estar mais ou menos aberto ao fenômeno de *rent seeking* e quanto mais permissível for a constituição para uma utilização pessoal do patrimônio público por interesses privados maior será o desvio em relação a um acordo constitucional legítimo. Os autores da teoria das escolhas públicas (*public choice*), dentre eles especialmente Buchanan, tendem a privilegiar a regra da unanimidade em detrimento de outras formas de decisão eleitoral. O autor tenta demonstrar que a regra da maioria permite a formação e coalizão entre grupos privados que visam obter o subsídio público para projetos privados travestidos de projetos de interesse geral (SILVEIRA, 2008, p. 26-27).

Nessa perspectiva, importante os mecanismos protetivos, como a Lei Anticorrupção, tipos penais, como Dos Crimes Contra a Administração Pública previstos no Código Penal, Lei de Improbidade Administrativa, entre outros que abarcam eventuais desvios que possam prejudicar o erário. Significa mais uma questão de compreensão do setor com arranjos institucionais do que uma regulação de comportamentos por um punitivismo abstrato comprimido na função preventiva da pena.

Assim, na ordem econômica, a Constituição Federal de 1988 consagra um regime de mercado organizado, do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer seja do próprio Estado, ou de um conflito econômico que pode

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

levar à formação de monopólios ou oligopólios que possam levar a determinados descomedimentos (GRAU, 2010).

Analisando os constantes contingenciamentos ao setor da defesa, que impactam diretamente o setor da indústria de defesa, o modelo francês seria uma interessante ferramenta que visa à execução de um orçamento mínimo na área de defesa, pelo prazo de cinco anos consecutivos, que aspira colaborar no planejamento das atividades de pesquisa e desenvolvimento e nas compras na área de defesa e segurança.

> No Brasil, o fato de existir um processo de determinação anual do orçamento da União dificulta o planejamento de atividades estratégicas, tais como as da área de defesa. Na França, por exemplo, existe a Lei de Programação Militar (*Loi de Programmation Militaire*), que garante a execução de orçamento mínimo na área de defesa por cinco anos consecutivos, facilitando o planejamento das atividades de P&D e de compras na área de defesa (CORREA FILHO, 2013, p. 401).

Este sistema francês é um bom exemplo, pois tais recursos não seriam atingidos pelos cortes nem seria destinado ao pagamento da folha de rendimentos dos servidores militares da ativa, reserva e pensionistas.

Uma boa iniciativa seria a criação do Banco de Defesa Nacional, que possibilitaria à indústria de defesa empréstimos, garantias e seguros de crédito à exportação, e, em tese, seria aportada com investimentos privados. Essas empresas injetariam recursos nesse banco que teria como objetivo principal oferecer serviços financeiros que as empresas não têm conseguido obter em instituições privadas (PADILHA, 2019).

Por fim, frisa-se que interesses políticos que não visam a uma direção de Estado, mas suas próprias predileções, acabam prejudicando demasiadamente a indústria de defesa; frequentemente tais argumentos políticos acabam refletindo em decisões judiciais que cerceiam, por vezes, um setor inteiro, como no caso da aquisição dos blindados Centauro II para o Exército Brasileiro, em que houve pedido para a anulação da aquisição destes, por meio de Ação Popular, em que o juízo singular e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) acataram liminarmente e suspenderam a aquisição dos blindados; entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a ação era descabida e acabou deferindo o pedido de suspensão para afastar até o trânsito em julgado os efeitos da decisão liminar do TRF 1.

Assim decidiu o STJ:

> A aquisição dos veículos blindados pelo Exército "trata-se de política pública de longo prazo, em discussão na seara técnica em longa tramitação, restando descabido, mesmo, o fundamento de precipitação constante da decisão proferida pelo relator do Agravo de Instrumento; afinal, o serviço público deve ser contínuo, e, no momento, como já falado e repisado, se está diante de lote de amostra". [...] A continuidade do projeto de renovação do parque bélico deve ser assegurada, não só porque a decisão atacada é apta a acarretar majoração de valores já alinhavados, com efetivo prejuízo econômico a União, como também porque a liminar concedida compromete a estrutura e o plano de defesa externa alinhavada pelo Ministério da Defesa e pelo Exército Brasileiro e a própria capacidade de defesa nacional (Superior Tribunal de Justiça, 2022, p. 3-5).

A decisão do juízo singular e do TRF 1 quase pôs um setor industrial em sérios riscos financeiros, pois sistemas desse produto serão produzidos na planta da *Iveco Defense Vehicles* (IDV) localizado em Sete Lagoas/MG e consequentemente haveria impactos em empregos diretos e indiretos, perda de mão de obra especializada e demais prejuízos (VALVERDE, 2022).

Assim decisões judiciais, como observa Paulo Caliendo, devem se atentar às exigências constitucionais sobre a previsão orçamentária e manter coerência nas decisões proferidas (SILVEIRA, 2008).

Afinal, é de suma importância a participação da sociedade e do Estado, nos diversos programas que promovam a nossa BID; logo, essa maior inserção incrementará benefícios à defesa por meio das Forças Armadas, e o crescimento social, econômico e intelectual que propiciará o ingresso do Brasil no cenário internacional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o tema Defesa já era uma preocupação desde os primórdios de nossa sociedade, como visto por Adam Smith.

Quando há envolvimento do Estado no setor da indústria de defesa ocorre o incentivo ao desenvolvimento tecnológico e científico, agregando valor aos cofres públicos, pois por se tratar de um setor altamente qualificado, geram-se propriedade intelectual, mão de obra especializada, novas técnicas de construção dentre outras. Essa relação entre Estado e indústria de defesa propicia o desenvolvimento de produtos de caráter dual, ou seja, possuem aplicação na esfera militar e civil. A alternativa para a indústria de defesa é o desenvolvimento de tecnologias e produtos que atendam ao mundo civil para que possam gerar lucros e diminuir a dependência

de pedidos oriundos do cliente Estado, e um paradigma a ser verificado é a Embraer – que atua na defesa e segurança e na produção de aviões comerciais e executivos – conseguir reduzir a dependência com o Estado.

Todavia, reduzir não significa abdicação dos incentivos estatais ao setor, pois, como observado no presente trabalho, se faz necessário, no panorama da defesa, o investimento de pesquisa e tecnologia para que haja uma maior nacionalização de componentes, que sejam considerados primordiais e, consequentemente, conseguir combinar todos esses elos, mas o Estado deve verificar onde alocará tais recursos, até para que não ocorram ineficiência nem desperdício de dinheiro público. A redução de fornecedores estrangeiros deve ocorrer de forma contínua e planejada, visto que parte deste processo industrial terá participação nacional.

Assim o caminho mais sugestivo é a integração do público com o privado, como o quadro de pessoas, recursos, instalações e infraestrutura. Este modelo vem sedimentado na Carta Magna de 1988 e deve ser incentivado pelo Estado.

No universo do setor da defesa, deve-se atentar aos monopólios e à influência do lobby que possam ocasionar fenômenos como rent seeking, pois tais falhas do mercado podem gerar danos à ordem econômica que possam levar ao abuso do poder econômico.

Como visto, os projetos de defesa empreendidos no País estão vinculados a uma proposta de desenvolvimento com atenção à indústria de defesa nacional. Contudo, observou-se que a descontinuidade de projetos seja por questões políticas, jurídicas ou orçamentárias acaba gerando efeitos negativos dado que há retrocesso em toda a cadeia produtiva. Por conseguinte, há alguns padrões que podem evitar esse retrocesso, como a criação de um banco exclusivo para as empresas que atuam no ramo, bem como um orçamento mínimo que garanta a execução e o planejamento das atividades de pesquisa e desenvolvimento e de compras na área de defesa tal qual, com isso esquiva-se de contingenciamentos recorrentes que afetam o setor.

Em suma, quando é abordado o assunto defesa, ele possui pouco apelo por parte da sociedade, além de que possui pouco atrativo político, ou seja, votos ao congressista. Portanto, é de extrema importância que o tema seja uma questão de Estado, como educação, saúde, previdência etc. Deve haver o engajamento do tripé, Estado, indústria de defesa e sociedade, a fim de demonstrar para todos os envolvidos que este *tradeoff* é necessário, e com a socialização do debate haverá uma mentalidade em prol da defesa e segurança da nação.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Bento Costa Lima Leite de. O Programa Nuclear da Marinha e o Programa de Desenvolvimento de Submarinos. In: DEFESANET. **Palestra no Clube de Engenharia e Academia Nacional de Engenharia.** 2018. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.defesanet.com.br/prosub/noticia/29113/MB---Marinha-con>. Acesso em: 21 dez. 2022.

ANDRADES, Thiago Oliveira de; GANIMI, Rosângela Nasser. Revolução verde e a apropriação capitalista. IN: **CES Revista**, Juiz de Fora, v. 21, 2007, pag. 43-56.

AMBROS, Cristiano Cruz. Indústria de Defesa e Desenvolvimento: Controvérsias Teóricas e Implicações em Política Industrial. **Austral Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**. v. 6, n. 11, p. 136-158. Jan./Jun. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/303986460>. Acesso em: 19 dez. 2022.

AEB - AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA. **Programa Espacial Brasileiro Aplicações Espaciais benefícios da exploração espacial,** 2020. Disponível em <https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/aplicacoes-espaciais/beneficios-da-exploracao-espacial>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/-constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Tecnologias nucleares oferecem benefícios nas áreas de saúde e higiene.** 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/08/tecnologias-nucleares-oferecem-beneficios-nas-areas-de-saude-e-higiene#:~:text=Aplicações%20da%20tecnologia%20nuclear,transfusão%2C%20além%20de%20durarem%20mais>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BRASIL. **Programas de proteção integrada de fronteiras.** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/gsi/pt-br/assuntos/programa-de-protecao-integrada-de-fronteiras-ppif-1>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. **Histórico da participação brasileira em missões da ONU.** Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/copy_of_missoes-de-paz/historico-da-participacao-brasileira-em-missoes-da-onu.2020>. Acesso em: 4 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Suspensão de Liminar e de Sentença 3216/DF. Suspensão de liminar e de sentença. Ação popular. Aquisição de blindados pelo exército. Princípio da moralidade administrativa. Projeto iniciado em 2012 e formalização contratual em 2021. Pacto a ser executado em 17 (dezessete) anos, entre 2023 e 2040. Plano plurianual aprovado pelo congresso nacional. Despesa classificada como 'investimento prioritário' e empenhada para a defesa nacional. Impossibilidade de execução do orçamento de forma dissociada do plano plurianual e da lei orçamentária. Prazo para a dotação orçamentária de 2023 que finda em 15/12/2022. Liminar hostilizada que propicia majoração de valores já alinhavados e que compromete a estrutura e o plano de defesa externa. Redução da capacidade de defesa nacional e sucateamento do parque bélico. Suspensão de liminar que se defere. Recorrente: União. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 1 Região. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=-202203920901&dt_publicacao=15/12/2022>. Acesso em: 5 jan. 2023.

BARROS, Marcelo. **O papel da Economia de Defesa na consolidação da Base Industrial de Defesa.** 2023. Disponível em: <https://www.defesaemfoco.com.br/o-papel-da-economia-de-defesa-na-consolidacao-da-base-industrial-de-defesa/>. Acesso em: 6 jan. 2023.

CORREA FILHO, Sérgio Leite Schmitt et al. Panorama sobre a indústria de defesa e segurança no Brasil. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 373-408, set. 2013. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2684>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CIRAULO, Caio Augusto. **Desenvolvimento e Indústria de Defesa: uma análise do caso brasileiro.** 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/-disponiveis/2/2133/tde-01052021202233/publico/8046743_Dissertacao_Parcial.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

CORRÊA, Glauco Corbari. A Política de Defesa do Brasil no Século XXI. **Revista Coleção Meira Mattos.** Rio de Janeiro. v. 8. n.3 1. p. 29-38. jan./abril. 2014. Disponível em: <https://ebrevistas.eb.mil.br/RMM/article/view/382>. Acesso em: 26 dez. 2022.

DEFESA EM FOCO. **AEL Sistemas vai Exportar displays para o novo Gripen sueco.** 2021. Disponível em: <https://www.defesaemfoco.com.br/ael-sistemas-vai-exportar-displays-para-o-novo-gripen-sueco/>. Acesso em: 30 dez. 2022.

FREITAS, Elcio de Sá. A Busca de Grandeza (III). Rio de Janeiro: **Revista Marítima Brasileira,** 2010. Disponível em: <https://defesa.uff.br/wp-content/-uploads/sites/342/2020/11/A-BUSCA-DA-GRANDEZA-III-RMB-PROJETO.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2022.

FREITAS, Elcio de Sá. Transferência de Tecnologia. **Revista Navigator.** Rio de Janeiro, v.10. n. 10, p. 13-20. out. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/navigator/article/view/1552/1514>. Acesso em: 23 dez. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** Interpretação e crítica. São Paulo: RT, 2010.

GAZETA DO POVO. **Holanda é o terceiro país da otan a comprar aviões militares.** 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/holanda-e-terceiro-pais-da-otan-a-comprar-avioes-militares-kc-390-da-embraer/#:~:text=Essa-%20%C3%A9%20a%20terceira%20venda,holand%C3%AAs%20era%20adquirir%20quatro%20aeronaves>. Acesso em: 5 de fev. 2023.

IPEN - INSTITUTO DE PESQUISA ENERGÉTICAS E NUCLEARES. **Projeto bilionário:** por que o submarino atômico brasileiro não sai do papel. 2022. Disponível em: <https://www.ipen.br/portal_por/portal/interna.php?secao_id=40&campo=18235>. Acesso em: 22 dez. 2022.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Conheça o BRICS**. 2014. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/forumbrics/pt-BR/conheca-os-brics.html>. Acesso em: 21 dez. 2022.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia.** Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor Desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado.** Trad. Elvira Serapicos. Portifolio Penguin, 2014.

MODESTI, Ancelmo. Offset: teoria e prática. In: WARWAR, Z. (Ed**.). Panorama da Prática de Offset no Brasil:** uma visão da negociação internacional de acordos de compensação comercial, industrial e tecnológica. Brasília, DF: Projeto Editorial/Livraria Suspensa, 2004.

MRE - MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Organismos internacionais.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/cerimonial/ organismos-internacionais>. Acesso em: 29 dez. 2022.

OLIVEIRA, Leonardo Pinto. **A base Industrial de Defesa e a Análise da Lei 12.598/12. Rio de Janeiro:** Escola de Guerra Naval, 2020. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br.egn/files/CEMOS_109_MONO_CC_FN_LEONARD.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

ORBE. Rogério Prevato Moreira. **A Conscientização Política-Econômica para o Desenvolvimento da Indústria Nacional de Defes**a. 2019. Disponível em: <https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/6161/1/MO%206212%20-%20PREVATO.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PADILHA, Luiz. **Ciência e Tecnologia Submarino Nuclear Brasileiro Álvaro Alberto**. Defesa Aérea Naval, 2012. Disponível em: <https://www.defesaaereanaval.com.br/ciencia-e-tecnologia/submarino-nuclear-brasileiro-alvaro-alberto-sn-10>. Acesso em: 21 dez. 2022.

PADILHA, Luiz. **Governo Articula Novo banco para Indústria de Defesa.** Defesa Aérea Naval, 2019. Disponível em: <https://www.defesaaereanaval.com.br/defesa/-governo-articula-novo-banco-para-industria-de-defesa>. Acesso em: 4 jan. 2023.

POGGIO, Guilherme. **A Guerra da Lagosta e suas lições.** Poder Naval, 2016. Disponível em: <https://www.naval.com.br/blog/2016/01/28/a-guerra-da-lagosta-e-suas-licoes/>. Acesso em: 22 dez. 2022.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SILVA, Paulo Ricardo da. **A Inteligência Militar Argentina na Guerra das Malvinas uma Avaliação Necessária.** 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/214225/001118623.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 dez. 2022.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VALVERDE, Michele. **Iveco vai Fabricar 98 blindados em Minas.** 2022. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/economia/iveco-vai-fabricar-98-blindados-em-minas/#:~:text=“O%20Centauro%20II%20representa%20o,em%20Sete%20Lagoas%2FMG”.&text=A%20princípio%2C%20a%20estimativa%20é,veículos%20dentro%20de%20seis%20meses>. Acesso em: 5 jan. 2023.

A VIOLÊNCIA INTRAFAMILAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTRAFAMILIAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS IN SANTA CATARINA STATE

Daniel Franco Chimanowski[1]

Larissa Hubner[2]

Andréa Grandini José Tessaro[3]

Resumo: O presente artigo visa analisar a violência doméstica contra crianças e adolescentes no estado de Santa Catarina, com o intuito de compreender a causa do crescente aumento da violência nesta unidade federativa. Para tanto, apresenta conceitos e a classificação de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes; expõe dados estatísticos sobre esse tipo de violência no estado de Santa Catarina; e expõe os diplomas legais direcionados à prevenção e proteção de crianças e adolescentes da violência intrafamiliar. No que concerne à metodologia, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, por meio de consulta à legislação, doutrinas, artigos científicos e estatísticas fornecidas por sites oficiais, o que permitiu concluir que os problemas ocorridos na rede de proteção, a exemplo da não denunciação do caso por pessoas próximas, além da estrutura de atendimento ineficiente são determinantes para que maus-tratos perpetrados contra a criança culminem em algo mais grave, como é o caso dos homicídios. Os integrantes da rede de proteção, se não forem capazes de apreender a extensão dos problemas que lhe chegam, não lograrão êxito se não envidarem todos os esforços para garantir a proteção integral. Assim, a Lei n. 13.010/2014 pode ser vista como um legado deixado pela tragédia ocorrida com o menino Bernardo, podendo contribuir para a proteção de outros infantes que eventualmente sejam vitimados pela violência intrafamiliar.

Palavras-Chave: Violência intrafamiliar. Crianças. Adolescentes. Políticas públicas.

Abstract: This article aims to analyze domestic violence against children and adolescents in the state of Santa Catarina, in order to understand the cause of the growing increase in violence against children and adolescents in this federative unit. To do so, it presents concepts and classification of domestic and family violence against children and adolescents; exposes statistical data on this type of violence in the state of Santa Catarina; and exposes the legal diplomas directed to the prevention and protection of children and adolescents from intra-family violence. Regarding methodology, bibliographic and documental research was carried out, through consultation to legislation, doctrine, scientific articles and statistics provided by official sites, which allowed us to conclude that the problems in the protection network, such as the non-reporting of the case by people close to them, as well as the inefficient service structure are determinant for maltreatment perpetrated against the child to culminate in something more serious, such as homicide. If the members of the protection network are not able to grasp the extent of the problems that come to them,

[1] Bacharel em Direito pela Unisociesc/Joinville/SC.
[2] Bacharel em Direito pela Unisociesc/Joinville/SC.
[3] Doutora e Mestre em Patrimônio Cultural a Sociedade pela UNIVILLE/Joinville/SC. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

the comprehensive protection, even if foreseen in the Brazilian legislation, in practice, will not achieve the desired results. Thus, Law 13.010/2014 can be seen as a legacy left by the tragedy that occurred with the Bernardo boy in order to contribute to the protection of other children who are eventually victimized by intra-family violence.

Keywords: Intrafamily violence. Children. Adolescents. Public policies.

1. INTRODUÇÃO

O artigo científico versa sobre a violência intrafamiliar no âmbito do Estado de Santa Catarina. Ressalta-se a importância desta temática em razão da violência intrafamiliar infanto-juvenil se tratar de um problema que cada vez mais atinge a sociedade, além de envolver a violação de direitos da criança e adolescentes. Através da identificação do contexto em que esta forma de violência ocorre, é possível adotar medidas e investir em implementação de políticas públicas para evitar que a violência contra a criança e adolescente em âmbito doméstico continue ocorrendo.

O interesse pelo tema surgiu a partir da constatação da necessidade e importância de estudar as causas da violência intrafamiliar contra criança e adolescentes devido à violação da legislação que resguarda direitos e garantias a este segmento populacional tão vulnerável, direitos esses que deveriam ser resguardados pelos genitores e responsáveis que praticam a violência.

Como objetivo geral, o artigo pretende analisar a violência doméstica contra crianças e adolescentes no estado de Santa Catarina, com o intuito de compreender a causa do crescente aumento da violência contra a criança e ao adolescente nesta unidade federativa.

A violência contra a criança e adolescente no âmbito doméstico, apesar de ocorrer desde os primórdios da humanidade, permanece como tema atual e relevante, que necessita de um amplo debate com o escopo de compreender melhor sua natureza e assim buscar por alternativas visando à diminuição dessas ocorrências, tendo em vista que a subnotificação obsta que se tenha conhecimento da real dimensão do problema.

No que concerne à metodologia, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, por meio de estudo e consulta à legislação, doutrina, artigos científicos e estatísticas fornecidas por sites oficiais, dentre outros.

Procedida a análise normativa e doutrinária, buscou-se descrever as possíveis causas, as formas de violência sofridas por crianças e adolescentes, bem como os focos de maior incidência do problema visando a posteriores intervenções e

formulação de políticas públicas que minimizem os problemas detectados e que guardam relação com a violência intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes.

O presente artigo foi estruturado em três seções. Inicialmente foi apresentado o conceito de violência e suas espécies, bem como, a diferenciação entre violência intra e extrafamiliar.

Na segunda seção foram analisados projetos e políticas públicas, que visam combater a violência contra a criança e o ao adolescente.

Por derradeiro, na terceira seção, foram apresentados dados estatísticos sobre a violência contra crianças e adolescentes no estado de Santa Catarina, além de um levantamento das normativas nacionais e internacionais que têm como propósito a prevenção e a proteção de crianças e adolescentes, no que concerne à violência perpetrada em âmbito familiar.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No que tange à violência doméstica contra a criança e adolescente parte-se do pressuposto que a violência é praticada pelo maior cuidador, o que tem o dever de proteger, ensinar e orientar, ao invés de zelar pelos direitos sociais e humanos, são eles os próprios agentes agressores.

Segundo Minayo (1994), a violência representa um problema de saúde pública, por colocar em risco todo o processo vital do ser humano, alterando a saúde, causando enfermidades físicas, psíquicas e morais, além de fazer com que o indivíduo se sinta vulnerável com a possibilidade da morte ou mesmo com a ameaça desta. Todas estas consequências geram prejuízos na qualidade de vida daqueles que a sofrem, além de necessidades adicionais, como o uso aumentado de serviços de atenção à saúde.

A Organização Mundial de Saúde (OMS, 2002, p. 5) define como violência “o uso propositado da força física, poder, materializado ou mesmo sob a forma de ameaça contra si própria ou contra o próximo, sendo de grupo ou comunidade”. Pode resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. Essa definição sintetiza de forma clara e objetiva a violência e suas consequências. O significado explicado pela OMS (2002) associa intencionalidade

com a concretização da ação, independentemente do resultado produzido. Sendo assim, são eliminados da definição os incidentes não intencionais.

Outra diferenciação que se faz é sobre a violência intra e extrafamiliar. Day et al. (2003, p. 10) definem a violência intrafamiliar como: “toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica, ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de um membro da família”. Este tipo de violência pode ocorrer dentro e fora do lar familiar, com ou sem laços consanguíneos, desde que se configure uma relação socioafetiva de cunho familiar entre Agressor e Vítima. No mesmo contexto, os autores assinalam que: “o termo doméstico incluiria pessoas que convivem no mesmo ambiente familiar, como empregados, agregados e visitantes esporádicos” (DAY et al., 2003, p. 10).

A violência doméstica e familiar, como se percebe, não envolve apenas a mulher, mas qualquer membro da família ou pessoa que de alguma forma participe do círculo doméstico de seu agressor. Já a violência extrafamiliar é aquela que acontece fora do lar ou tem como agressor alguém que não é próximo à família (BRINO; SOUZA, 2016).

Barreto (2015, p. 13), por sua vez, elucida que as práticas mais comuns de eventos classificados como violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes são: “abuso físico; abuso emocional ou psicológico; abuso sexual; e negligência”.

O abuso físico tem sua caracterização principal ligada aos atos que geram dor e desconforto à criança ou adolescente vitimado, enquanto o abuso emocional ou psicológico inclui todos os comportamentos que possam causar medo, frustração, experiências de temor quanto à própria integridade física e psicológica, ameaças verbais com conteúdo violento ou emocional (MARQUES et al., 2020).

A negligência é caracterizada pela falha em prover as condições mínimas de sobrevivência e atenção às necessidades básicas da criança, de afeto, alimentação, educação, supervisão e cuidado. Assim, o conceito de negligência envolve o ato de omissão por parte dos adultos sejam eles: os pais, os responsáveis ou até mesmo uma instituição, no sentido de deixar de prover necessidades básicas para o pleno desenvolvimento físico, social e emocional da criança e do adolescente (BRASIL, 2004).

O abandono pode ser definido como a forma mais grave da negligência. Implica no desamparo, na desassistência e na desproteção de um indivíduo que não tem capacidade de defender-se por si só. Neste contexto, ato de abandonar configura

crueldade, pois deixa a criança em situação de orfandade e exposta a um mundo no qual precisa de auxílio para adaptar-se (BRASIL, 2010).

A negligência infantil é observada, por exemplo, quando um cuidador ou adulto responsável deixa de exercer um grau mínimo de cuidado para atender às necessidades físicas da criança (alimentação, roupas, abrigo, higiene, assistência médica/odontológica). É observada também quando um cuidador ou adulto responsável não toma as precauções adequadas para garantir a segurança da criança dentro e fora de casa, dadas as necessidades emocionais e de desenvolvimento da criança. Isso inclui supervisão adequada, ambientes seguros e cuidados substitutos adequados (ZEANAH; HUMPHREYS, 2018).

A negligência pode ser tão prejudicial quanto o abuso físico evidente (VACHON et al., 2015). Bebês negligenciados podem não receber nutrição adequada ou cuidados médicos e podem correr maior risco de não crescer e desenvolver infecções; negligência está envolvida na maioria das mortes por maus-tratos infantis (HARPER, 2014).

Abuso crônico e grave e negligência são reconhecidos como formas de trauma complexo, pois representam eventos traumáticos múltiplos, muitas vezes de natureza invasiva e interpessoal com impacto amplo e de longo prazo que geralmente começam cedo na vida e pode atrapalhar muitos aspectos do desenvolvimento da criança e da própria formação do *self*. Como resultado, crianças com traumas complexos tendem a correr um risco maior de vários problemas de saúde física e mental ao longo da vida (NCTSN, 2016).

Os fatores de risco variam de fatores parentais e infantis a fatores sociais pertinentes a bairros e comunidades inteiros. Os fatores de risco dos pais para maus-tratos na infância incluem violência doméstica, falta de habilidade parental ou de comunicação, criação de um filho sozinho (monoparentalidade), cuidadores não biológicos e transitórios, pouca idade, baixo nível de escolaridade, baixa renda, grande número de filhos, histórico parental de maus-tratos abuso de substâncias e isolamento social (KELLEY et al., 2015).

Os fatores de risco para crianças incluem pouca idade (menos de 4 anos, principalmente para negligência), necessidades especiais, sexo e histórico de abuso infantil (CDC, 2015). Os fatores sociais incluem pobreza, violência na vizinhança, taxas de desemprego local e redes sociais fracas dentro das comunidades (KELLEY et al., 2015).

Já o abuso sexual, inclui as atividades que requerem contato físico, como a manipulação de genitais e intercurso sexual como casos de exibicionismo e voyeurismo, em que não há contato físico direto. Dessa forma, é visível a ocorrência simultânea destes diferentes tipos de violência em função da dinâmica e do fluxo entre eles (crianças vítimas de abuso sexual são também vítimas de negligência, abuso emocional e abuso físico) (BARRETO, 2015).

O abuso sexual pode ocorrer tanto com pessoas desconhecidas da vítima quanto com pessoas conhecidas e familiares. Esta última situação tem sido a mais frequente e pode envolver mãe, pai, madrasta, padrasto, tios, avós, primos, irmãos, etc. O abuso sexual destaca-se entre as formas de violência doméstica, destaca-se o abuso sexual como tendo uma grande incidência na sociedade hodierna (CAMPOS, 2019).

Já a violência psicológica compreende todo ato que cause danos de desenvolvimento emocional a criança e ao adolescente, praticados na forma de rejeição, depreciação, discriminação, desrespeito, cobranças exageradas, punições humilhantes e a utilização da criança ou adolescente para atender as necessidades psíquicas dos adultos (BRASIL, 2010).

Pode-se, pois, afirmar que a violência intrafamiliar contra a criança vem ganhando espaço nas discussões sobre a saúde, educação e políticas públicas em diversos países (BRINO; SOUZA, 2016). Caracteriza-se como toda ação ou omissão que prejudique a integridade física e/ou psicológica, assim como negligência em relação aos cuidados básicos necessários para o desenvolvimento psicossocial infantil (RIBEIRO et al., 2015).

Muitos profissionais consideram que a violência intrafamiliar é uma espécie mais difícil de comprovar, uma vez que as crianças apresentam uma limitação em considerar agressão algo cometido por pessoas próximas, ou porque muitas vezes os adultos a quem essas procuram não consideram verídicas as informações das mesmas (CAMPOS, 2019).

O alto índice de violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes é um alerta da necessidade de medidas preventivas e de enfrentamento a este fenômeno. O abuso, seja ele qual for (físico, sexual, psicológico ou negligência), podem trazer efeitos no desenvolvimento físico, social, emocional, cognitivo e comportamental na vida adulta da pessoa vítima de violência. No entanto, sabe-se da dificuldade no diagnóstico de maus-tratos infantil, isso porque as crianças tendem a não revelar tais

informações por medo ou afeto, já que geralmente os agressores são pais ou responsáveis (PFEIFFER; ROSARIO; CAT, 2011).

Apresentado o conceito de violência intrafamiliar e sua classificação, a próxima seção será dedicada à análise de diplomas legais direcionados à prevenção e proteção de crianças e adolescentes da violência intrafamiliar.

3. DIPLOMAS LEGAIS DIRECIONADOS À PREVENÇÃO E PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

A violência contra a criança e adolescente já perpassa um longo período histórico. Desde os tempos primitivos se tem registros sobre a transformação societária em desenvolvimento demonstrando que "a história de violência contra a criança e adolescentes acompanha a trajetória histórica das relações sociais e, sobretudo, familiares" (ALGERI; SOUZA, 2006, p.51).

Referente aos diplomas legais que trazem previsões protetivas à criança e ao adolescente, cita-se a CRFB/1988, o ECA, a Lei da Palmada e o Código Penal. Cada um deles será abordada separadamente.

3.1 A proteção trazida pela CRFB/1988 e pelo ECA

A CRFB/1988 é considerada um verdadeiro marco na História jurídica do Brasil, visto que representou o triunfo dos direitos e garantias fundamentais, a colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, em substituição ao patrimônio, além de já no primeiro dispositivo estabelecer a dignidade humana como fundamento da República. Nos dizeres de Sarmento (2004, p.108), a Lei Maior atual "[...] marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia, pretendendo ser o signo de uma nova era no país, timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático". A CRFB/1988, em seus arts. 227, 228 e 229, dispôs expressamente sobre a proteção à infância e à adolescência.

Esses mandamentos constitucionais representaram explicitamente a quebra com o sistema anterior (centralizado, vertical, assistencialista e correcional-repressivo), embasado no Código de Menores, de 1979 e, em última análise, no revogado Código Mello Mattos, de 1927 (TAVARES, 2010).

Não se está a referir a um rol taxativo, tanto que o próprio ECA preconiza em seu art. 3º que além de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o

infante goza de direitos singulares relacionados à proteção integral de que trata a mencionada Lei.

No entanto, infelizmente, crianças e adolescentes sofrem diariamente, no Brasil, graves violações à sua dignidade. Devido à faixa etária em que se encontram, o cotidiano de problemas que serão apontados a seguir ocasiona danos irreparáveis ao desenvolvimento infanto-juvenil podendo levar à destruição da própria vida: mortalidade infantil, desnutrição, ausência de vacinações, doenças, falta de acesso a serviços médicos e odontológicos essenciais, rede de saneamento e esgoto ausente ou em péssimas condições, fome (não raro, alguns só se alimentam uma única vez ao dia, com a merenda escolar), extrema pobreza (miséria absoluta, mendicância), local para moradia (meninos e meninas de rua; alguns moram em barracos, em locais de risco de desabamento, às vezes vivem em um único cômodo com toda a família), analfabetismo (tem a ver com o ingresso, permanência e qualidade da educação, principalmente o ensino básico e fundamental; alguns sequer conseguem desenvolver o aprendizado por falta de vitaminas nutricionais indispensáveis ao organismo, ao intelecto, desenvolvendo até mesmo lesões cerebrais), mobilidade (não têm acesso ao transporte, moram em locais distantes, tem dificuldade de se locomoverem até hospitais, escolas, locais de recreação), trabalho desprotegido (informal, sem carteira de trabalho, em condições insalubres, penosas, perigosas), trabalho escravo (infelizmente, a escravidão para alguns não foi abolida; comum nas zonas rurais), violência letal (suicídio, acidente de trânsito, homicídio), violência física (maus-tratos, tortura, crueldade, qualquer ação que ocasione lesões na pessoa em desenvolvimento), violência sexual (assédio, pornografia, estupro, pedofilia, prostituição), violência psíquica (qualquer ação ou omissão que cause danos à autoestima, à identidade, à honra da pessoa em desenvolvimento, como humilhações), violência intrafamiliar (pais negligentes, opressores, irresponsáveis), gravidez precoce, doenças sexualmente transmissíveis, dependência química, alcoolismo, criminalidade, abandono, institucionalização (abrigos, orfanatos, unidades socioeducativas, ausência de laços familiares e comunitários), exclusão (social, econômica, política, cultural, digital), entre outros problemas (UNICEF, 2011).

A partir de 1990, o ECA reconhece a criança e o adolescente como sujeito de direitos em condições peculiar de desenvolvimento e com prioridade absoluta. No qual garante a proteção integral a estes sujeitos, livre de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei

qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais, conforme o art. 5° do ECA.

O ECA também criou uma estrutura de proteção e defesa desse grupo, tornando obrigatória a notificação de casos suspeitos ou confirmados de maus-tratos (art. 13), prevendo pena para profissionais de saúde, professores e responsáveis por estabelecimentos de saúde e educação que não comunicarem aos órgãos de proteção casos de seu conhecimento (art. 245) (BRASIL, 1990).

Outro diploma legal que prevê proteção à criança e ao adolescente é a Lei no 13.010/2014, conhecida como Lei da Palmada e que entrou em vigor após o assassinato do menino Bernardo no Rio Grande do Sul.

Após o menino Bernardo ser assassinado no Rio Grande do Sul por sua madrasta, com a anuência de seu pai, foi sancionada a Lei no 13.010/2014, visando proibir o emprego de castigos físicos ou tratamentos cruéis/degradantes como métodos na educação de crianças e adolescentes, ficando conhecida como “Lei Menino Bernardo” ou “Lei da Palmada” (MORAES, 2019), já que antes de culminar no evento “morte” o menino Bernardo foi vítima de outras violências em âmbito intrafamiliar, as quais foram ignoradas pela Rede de Proteção.

O caso tratado, conhecido pela mídia e pela sociedade em geral como “Caso Bernardo Uglione Boldrini”, ocorreu em 2014 entre as cidades de Três Passos e Frederico Westphalen (ambas no Rio Grande do Sul). Conforme reportagens e a própria sentença do caso, o menor Bernardo foi assassinado pela madrasta, Graciele Ugulini, com a administração de uma superdosagem do medicamento *Midazolam*[4], por motivo fútil, sendo auxiliada por sua amiga e assistente social Edelvânia Wirganovicz e pelo irmão de Edelvânia, Evandro Wirganovicz[5], que perfurou a cova onde o menino foi colocado, banhado por soda cáustica e, na sequência, enterrado. O corpo do menino foi encontrado somente dez dias após o seu desaparecimento.

Além disso, o pai do menino, Leandro Boldrini, que não mantinha um bom relacionamento com a criança, foi condenado pelo crime de homicídio quadruplamente qualificado, considerado também culpado pelos crimes de ocultação de cadáver e falsidade ideológica, tendo em vista que sabia e contribuiu para que o

[4] O Midazolan é uma droga sedativa que usada em dosagem elevada impede a respiração (HABIGZANG; WILLIAMS; GOMIDE, 2016).
[5] Ambos, Edelvânia Wirganovicz e Evandro Wirganovicz seriam remunerados com a quantia de R$ 90.000,00 pela ajuda na execução do crime e ocultação do cadáver (BATISTA JR., 2019).

crime ocorresse. O Tribunal do Júri, no dia 15 de Março de 2019 considerou culpados todos os envolvidos no homicídio de Bernardo (MORAES, 2019).

Após a morte da mãe, Bernardo passou a residir com a madrasta e com o pai, que possuem uma filha juntos. Desde então, o menino passou a ser muito mal tratado e rejeitado. Segundo o relato de testemunhas, vivia na rua ou na casa de outras pessoas, não havendo preocupação nenhuma por parte de Leandro com os cuidados e proteção da criança, tendo sido clara sua negligência no que se refere aos cuidados com o filho (MORAES, 2019).

A criança se dizia carente de atenção e chegou a procurar pela Justiça pedindo ajuda e manifestando o seu desejo de morar com outra família. Porém, o Juiz responsável pela Vara da Infância e Juventude decidiu que o mesmo deveria permanecer sob a guarda do pai, já que este havia solicitado uma nova chance de melhorar seu vínculo com o filho (MORAES, 2019). Tal processo foi gerado após o Ministério Público instaurar investigação contra a falta de cuidados com o infante, sinalizando para a suspeita de negligência e abandono familiar. Infelizmente, 70 dias após o primeiro contato com a promotoria, o menino foi assassinado.

Há relatos de que a escola possuía todos os indícios relativos à negligência com relação aos cuidados e maus tratos de Bernardo, porém, o diretor da escola nunca formalizou uma denúncia. Vera Deboni, juíza lotada na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre relatou: “Quem enxerga o problema não tem obrigação de resolvê-lo, mas tem de comunicar, levar adiante. Este é um dever da escola” (COSTA, 2014, s.p.).

Além da falta de auxílio ao Poder Judiciário e ao Ministério Público nesse caso, a advogada Maria Dinair Acosta Gonçalves, presidente da Comissão Especial da Criança e do Adolescente da OAB no Rio Grande do Sul, apontou falhas no ECA: “A lei é falha ao não prever a presença de um advogado nestes casos, e nenhum defensor foi chamado. O advogado acompanharia a criança e, ao primeiro sinal de maus-tratos, encaminharia a um abrigo” (apud COSTA, 2014, s.p.). Por esses parâmetros, pode-se perceber que a sucessão de lacunas contribuiu para a decisão do Juiz em manter a guarda do menino com seu pai.

O caso que deveria ser apurado por todos os responsáveis em garantir os direitos aos Bernardo fazia jus foi resultando em uma série de omissões, começando por pessoas próximas, passando por reconhecimento da escola sem que houvesse iniciativas de registro de denúncia, impossibilitando a autoridade policial de abrir um

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

inquérito. Até mesmo a denúncia feita pela própria criança foi ignorada. Além disso, restou a limitação dos trabalhos do CREAS, CRAS, CEDEDICA e demais órgãos, visto necessitar da intervenção imediata do Conselho Tutelar, que não ocorreu talvez por falta de informações necessárias ao Juizado e à Promotoria.

O juiz do caso, Fernando Vieira, citado no artigo de Fernanda Favorito (2014, s.p) afirmou que "[...] a reinserção dos vínculos familiares é a providência padrão. Não imaginávamos que tivesse esse desfecho. Porque não havia qualquer informação de agressões. Então, tomamos essa decisão baseada nas premissas legais". Com base no exposto, José Luiz Costa opina que:

> O sistema não está suficientemente aparelhado. Para um caso desses, não são suficientes os ouvidos do juiz e do promotor. Precisa, também, de um assistente social, um psicólogo. O Conselho Tutelar tem de melhorar, assim como os centros de atendimento (COSTA, 2014, s.p.).

Do exposto depreende-se que a rede de proteção não foi capaz de diagnosticar a extensão do problema e a falta de um diagnóstico pontual permitiu para que o caso tivesse o pior desfecho possível, culminando com a morte do menino Bernardo.

Por "Rede de Proteção", entende-se o conjunto articulado de ações integradas entre e nas quatro dimensões de governo – Municipal, Estadual, Distrital e Federal –, bem como entre e nas esferas de poder – Executivo, Judiciário e Legislativo – que se destinem à prevenção de ameaças e violências contra os interesses, direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente (MORAES, 2019).

Conforme já citado neste trabalho, as políticas de atendimento funcionam como uma rede de proteção à integridade física e moral do infante. No caso em tela, pode-se perceber certas decisões equivocadas, além de momentos de omissão dos responsáveis envolvidos que, tinham informações e conhecimento dos maus-tratos e negligência perpetrada pelo menino Bernardo, porém, se omitiram, talvez por medo do status que a família do menino ostentava.

Conforme o art. 227 da CRFB/1988 dispõe: "é dever da família, da sociedade e do Estado" assegurar os direitos referentes aos infantes, o que nesse caso deveria ter começado com a denúncia dos vizinhos, amigos e demais familiares, até o maior envolvimento escola e demais órgãos já tratados acima. Ariane Schimitt, citada na matéria escrita por José Luiz Costa para o site Gaúcha ZH muito bem pontuou sobre a questão:

> É o problema de se enxergar as pessoas pela ótica da profissão que exercem, e aqui, no Interior, a gente veste a camisa da profissão. Todos te veem na rua como a jornalista, a psicóloga, a assistente social. Ninguém te imagina com dois discursos, que tu cuide teus pacientes e não cuide de teus dependentes, teus afetos. As pessoas não queriam se intrometer nessa família (SCHIMITT apud COSTA, 2014, s.p.).

Com efeito, ao se pretender instituir uma rede de proteção à criança e ao adolescente, procurando, desta maneira, prevenir ameaças e violências, em especial as que se realizam no interior do núcleo familiar e comunitário – como, por exemplo, "violência doméstica", "abuso" e ou "violência sexual" entre outras formas de ofensas físicas, morais, psicológicas e sociais –, por certo, impõe-se a adoção de medidas específicas de proteção tanto para infantes e jovens, quanto, e, senão, principalmente, dirigidas aos seus respectivos núcleos familiares.

A Rede Rio Criança é exemplo disto. Referida rede é composta por aproximadamente "quatorze organizações governamentais e não governamentais" (RAMIDOFF; RAMIDOFF, 2017, p.36) que são responsáveis por ações articuladas e integradas para análises, levantamentos de dados, abordagens, e, proposições resolutivas para a construção de políticas públicas, senão, oferecimento de projetos de lei.

O desenvolvimento de atividades "intra" e "inter" setorial deverá, então, possibilitar a participação paritária entre inúmeros segmentos sociais governamentais e não governamentais, inclusive, diversificando a própria atuação interna dos diversos setores, secretarias, departamentos das pessoas jurídicas de direito público interno – Municípios, Distrito Federal, Estados e União –, e dos poderes públicos legalmente constituídos – Executivo, Judiciário e Legislativo – em todas essas esferas e níveis de poder.

O objetivo de toda rede de proteção, nos dizeres de Ramidoff e Ramidoff (2017) deve ser a análise plural (transdisciplinar) e dialética (democrática) da realidade em que vivem milhões de crianças e adolescentes brasileiros, com o intuito de inscrever não só uma orientação teórica (discursiva) que vincule (justificação/legitimação) a legalidade (opção política) que seja constituída para a construção (material) de resoluções para o atendimento das situações de ameaça e violência aos direitos afetos à criança e ao adolescente.

O que se impõe é a eliminação gradual das barreiras que teimam tanto em não identificar essas novas subjetividades, quanto, em não lhes reconhecer tais liberdades

substanciais. Talvez, constitua-se numa das maiores conquistas democráticas, a superação/eliminação dos obstáculos ideológicos e culturais a respeito dos direitos e garantias fundamentais pertinentes à criança e ao adolescente. Este é o principal desafio do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto sistematização integrativa e protetiva dos novos valores humanitários relativos à criança e ao adolescente.

Releva-se importante destacar que a Lei da Palmada não traz nenhum tipo de punição na esfera criminal - além das que já existem -, ela veio para reforçar as diretrizes do ECA e da CRFB/1988, servindo como afirmação dos mesmos. Este diploma legal visa uma mudança estrutural e cultural na forma de educar as crianças, buscando-se reduzir os casos de violência contra crianças e adolescentes. A Lei da Palmada acresceu ao ECA os arts. 18-A, 18-B e 70-A, modificou os arts. 13 e 245 do mesmo diploma legal e adicionou o § 9º, no art. 26, da Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

O diploma legal é um marco no que tange ao combate à violência contra as crianças, tal como a Lei Maria da Penha, que dispõe sobre a violência doméstica contra a mulher (NITAHARA, 2016).

Atualmente, 52 países incorporaram leis para banir a violência contra as crianças, com foco no castigo corporal (o progresso pode ser acompanhado pelo site http://www.endcorporalpunishment.org). Considerando a existência de 198 países no mundo, chega-se à marca próxima de 25%. A Lei Menino Bernardo aprovada no Brasil em 2014, não obstante não traga novas punições além das existentes, estabelece o direito de a criança e o adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante (MORAES, 2019).

Assim, tem-se que o objetivo não é perseguir os pais e responsáveis, e sim melhorar a qualidade das estruturas de apoio e atenção aos pais e cuidadores, para que as crianças sejam educadas sem violência, bem como estimular políticas públicas, que como se viu na segunda seção deste capítulo, não foi eficiente no caso Menino Bernardo, assim como também não se mostra eficaz para muitas outras crianças que ainda recebem castigos físicos no Brasil.

3.2 A proteção do Código Penal

O direito penal objetiva proteger a integridade dos bens mais valiosos da sociedade, como a vida, o patrimônio, e a honra, motivo pelo qual a sua aplicação se dá de forma subsidiária às demais áreas jurídicas. Segundo Nucci (2019, s.p.): “o

direito penal possui a função de atuar, no cenário jurídico, quando se chega à última opção (*ultima ratio*), vale dizer, nenhum outro ramo do direito conseguiu resolver determinado problema ou certa lesão a bem jurídico tutelado." Complementarmente, Ferreira et al. (2011), no seguinte trecho, demonstram, de forma sucinta, o aspecto histórico do abuso sexual no ambiente familiar:

> Esse tema tem gerado polêmica, discussão e reflexão entre aqueles que buscam evidenciar suas causas, características e consequências, principalmente por ser um tipo de violências muitas vezes camuflada e imperceptível, uma vez que ocorre onde menos se esperaria – no próprio lar. Além disso, o abuso sexual intrafamiliar é um fenômeno que acontece em escala mundial e sempre se fez presente na história da humanidade, atingindo todas as classe sociais. A história social da infância revela que, no Brasil, por exemplo, desde o período colonial, crianças não eram consideradas sujeitos de direitos, e, por isso, eram vítimas formas de violência (FERREIRA et al., 2011, p. 26).

No Título IV – "Dos crimes contra a dignidade sexual", da parte especial do CP, mais especificamente, a respeito do crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A, o legislador visou proteger a precocidade dos menores de 14 anos no conhecimento dos fatos sexuais. Corroborando com este entendimento, Marcão e Gentil (2015) apontam o bem jurídico tutelado pela referida norma penal, lecionando que:

> Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito (MARCÃO; GENTIL, 2015, p. 193).

Desse modo, observa-se que comete crime o agente que pratica a conduta prevista no art. 217-A, independentemente do consentimento da criança ou do adolescente, tendo em vista a sua vulnerabilidade. Esta presunção absoluta fez surgir a súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, atualmente, está sem efeito, tendo em vista a sua normatização pela recente Lei nº 13.718/2018, que acrescentou o §5º àquele referido artigo, com o seguinte teor: "As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime" (BRASIL, 2018, s.p.).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Consoante explica Santos (2011), a legislação mais recente revogou a ideia da presunção de violência em crimes sexuais, trazida pelo revogado art. 224 do CP, em casos de crimes cometidos contra menores de 14 anos, incapazes ou quem de alguma forma não poderia oferecer resistência. Agora, ao invés de ter que realizar a combinação de dois dispositivos, do art. 213 com o art. 224, a nova lei estabeleceu diretamente uma nova figura típica que incriminaria a prática de relação sexual com pessoa menor de 14 anos, incapaz ou impossibilitada de oferecer resistência, sob o nomem iuris de "estupro de vulnerável", tipificado no art. 217-A do CP, que recebe pena mais elevada do que a atribuída ao estupro comum. Assim, fica revogada a norma contida no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos, que trazia a previsão de uma causa de aumento de pena de 50% para as hipóteses de estupro contidas em meio às hipóteses descritas no antigo art. 224.

A Lei no 12.015/2009 também trouxe sensíveis mudanças no tocante a ação penal nos crimes sexuais. Destaca-se que a partir do advento desta lei, passou-se também a considerar estupro qualquer ato distinto da conjunção carnal em si, estando o novo tipo descrito no art. 213 do CP: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 1940, s.p.).

Já no enfoque do estupro de vulnerável, antes da referida alteração, o crime de estupro contra vítima menor de 14 anos era tipificado no mesmo art. 213, em seu § único. Após, o referido delito, passou a ser disciplinado em novo artigo, bem como em novo capítulo, qual seja "Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável", que alterou a antiga expressão "Da Sedução e Corrupção dos Menores".

Eis a nova tipificação, presente no art. 217-A do CP: "art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" (BRASIL, 1940, s.p.).

Assim, houve especial atenção ao referido delito, criando-se um artigo específico no CP. A conduta deixou de ser uma mera modalidade do tipo penal de estupro comum, para compor uma categoria de tipo penal com autonomia tipológica e denominação própria, não mais limitando a mudança a um simples deslocamento do espaço normativo, mas integrando ao sistema uma nova infração penal: o estupro de vulnerável.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

4. VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR NO ESTADO DE SANTA CATARINA

No estado de Santa Catarina, entre o ano de 2015 e o de 2019, houve o registro de 65.672 notificações no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN). Do total dessas notificações, 38,4% se relacionavam a algum tipo de violência contra crianças e adolescentes. No Paraná, foram contabilizados em 2019 pelo SINAN 11.511 notificações de casos envolvendo violência contra crianças e adolescentes, com idade entre 1 e 14 anos de idade (SANTA CATARINA, 2020). São números que preocupam e sinalizam para a necessidade de pesquisas que proporcionem melhor entendimento sobre o tema.

No que concerne aos quatro de 2021, houve em Santa Catarina o registro de um homicídio de criança de idade compreendida entre 0 e 11 anos completos. No entanto, no mesmo período de 2022, o número de crianças assassinadas aumentou para 4 crianças nesta mesma faixa etária assassinadas, o que significa um crescimento de 400%. Duas mortes aconteceram no mês de março de 2022 e as demais no mês de abril (JAMPERSA et al., 2022).

Entre janeiro de 2019 e abril de 2022, houve o registro de homicídio de 29 crianças em Santa Catarina, três delas vítimas de infanticídio, crime em que a própria mãe mata o filho recém-nascido. Os dados são do Colegiado Superior de Segurança Pública e Perícia Oficial de Santa Catarina (CSSPPO). Segundo o aludido órgão, ocorreu a prisão em flagrante de13 pessoas por crimes que ocorreram em 2022. Houve também a conclusão de 10 inquéritos policiais, que na sequência foram remetidos ao Judiciário (CSSPPO, 2022).

No primeiro semestre de 2021, Santa Catarina alcançou o segundo lugar entre os estados do País com maior taxa de estupro de crianças e adolescentes entre 0 e 17 anos. O dado consta em estudo produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021). O levantamento se baseia em boletins de ocorrência registrados em 12 estados no primeiro semestre de 2021.

Santa Catarina passou a ocupar a segunda posição no ranking no que concerne ao índice de exploração sexual contra crianças e adolescentes. Com um índice de 1,2 para cada 100.000 habitantes, o Estado ficou atrás apenas do Mato Grosso do Sul, cujo índice registrado foi de 4, no mesmo período de análise (TRABBOLD et al., 2021).

O levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021) mostra também que Santa Catarina lidera o percentual de casos de maus-tratos e de lesões

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

corporais contra crianças e adolescentes, medida a cada 100.000 habitantes. Foram encontradas 784 notificações de maus-tratos e 636 de lesões corporais cometidas somente no primeiro semestre de 2021. Referente aos maus-tratos, houve um crescimento de 53% da taxa, comparado com o 1o semestre de 2020.

Na última semana do mês de março de 2020, o presidente Jair Bolsonaro, por ocasião da morte do menino Henry Borel, sancionou um projeto de lei que tornam mais rígidas as medidas protetivas que beneficiam crianças e adolescentes vitimadas pela violência doméstica ou intrafamiliar. A norma legal passa a considerar o assassinato de menores de 14 anos como um crime hediondo. Esta lei leva o nome de Henry Borel, homenageando o menino de 4 anos do Rio de Janeiro que foi espancado até a morte por seu padrasto, ao que tudo indica, com a anuência da mãe da criança, em março de 2021 (BRASIL, 2021).

O Estado tem a obrigação de destinar com absoluta prioridade as verbas necessárias para que a proteção integral da infanto-adolescência seja assegurada, e isso envolve certamente a assistência às suas famílias. Promover socialmente uma criança ou adolescente envolve necessariamente resgatar a sua família. Todos os membros da família precisam ter assegurados um mínimo existencial, o que não significa sobreviver, mas viver dignamente; somente assim haverá apoio e cuidados mútuos. É preciso planejamento, vontade política, articulação entre as diferentes esferas (saúde, educação, assistência social) e, acima de tudo, compromisso com a infância e a adolescência deste país (COSTA, 2015).

O ECA destina-se a proteger toda criança e adolescente, deixando-as a salvo de todo e qualquer tipo de discriminação. Estabeleceu, portanto, a absoluta prioridade desse segmento populacional no acesso a seus direitos fundamentais e da personalidade, haja vista o interesse superior (melhor ou maior) da criança e do adolescente. Preconizou, ainda, a descentralização político-administrativa, no que tange ao atendimento dessa população, ao dar maior responsabilidade aos órgãos, entidades, programas e serviços disponibilizados no município, em razão de reunirem as melhores condições de satisfazer as necessidades infanto-juvenis, ao lado da sociedade civil e da família (TAVARES, 2010).

O rol meramente exemplificativo dos onze direitos fundamentais, sumariados na CRFB/1988, é detalhado pelo ECA, que trouxe outros direitos ainda mais específicos à categoria (SARAIVA, 2010). Referidos direitos estão elencados no Título II (arts. 7º a 69) do ECA, que, a seu turno, está subdividido em cinco capítulos:

> Capítulo I – Do direito à vida e à saúde – arts. 7º a 14; Capítulo II – Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade – arts. 15 a 18; Capítulo III – Do direito à convivência familiar e comunitária – arts. 19 a 27; Capítulo IV – Do direito à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer – arts. 53 a 59; Capítulo V – Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho – arts. 60 a 69 (DOMINGO, 2016, p.91).

O diploma estatutário pormenorizou o sistema especial de proteção construído pela CRFB/1988, inclusive deu melhores contornos aos instrumentos para efetivação desses direitos, como o cabimento de ação civil pública, a criação de Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, as diretrizes para a formulação das políticas públicas de atendimento, dos programas de atendimento, da participação das entidades da sociedade civil na execução deles, entre outros (TAVARES, 2010).

Com a entrada em vigor do ECA, todo o ordenamento jurídico brasileiro foi influenciado, conforme exemplifica Cunha et. al. (2010): o Direito Civil (melhor interesse na definição da guarda, regulamentação de visitas, fixação de alimentos, declaração de paternidade, etc.); o Direito Administrativo (definição de novos órgãos na estrutura administrativa); o Direito do Trabalho (limitação das condições de trabalho para crianças e adolescentes); o Direito Financeiro (destinação prioritária de verbas públicas); o Direito Processual Civil (representação ou assistência processual e regularização de guarda e tutela); o Direito Processual Coletivo (alteração da efetivação de políticas públicas), etc.

Poder-se-ia assim sintetizar este conteúdo do trabalho: todos os brasileiros com menos de 18 anos de idade, independente de gênero, raça, idade, classe social, merece que a sua família, a sua comunidade - abarcando todos os grupos de convivência e locais que aqueles frequentam-, a sua sociedade o seu Estado, desde o Poder Judiciário, o Legislativo, o Executivo, possuem o dever legal e moral de medirem todos os esforços que se mostrarem possíveis para a implementação do Sistema de Garantia de Direitos.

O fundamento da proteção integral reside na vulnerabilidade das crianças e adolescentes: primeiro, por se encontrarem nos primeiros anos de formação; segundo, por ainda sofrerem muita resistência por parte do Estado e da sociedade dominante, adultocêntrica, no tocante ao reconhecimento pleno, substancial, concreto de sua cidadania e de seus direitos fundamentais e de personalidade. Embora a atual ordem jurídica, internacional e nacional, reconheça às crianças e aos adolescentes

uma série de direitos fundamentais e da personalidade que devem ser usufruídos integralmente e com absoluta prioridade frente aos demais membros da sociedade, o que não deixa de ser um avanço, ainda assim a problemática que envolve essas pessoas não é resolvida (VERONESE, 2012).

Pouco vale a existência de uma Doutrina intitulada “proteção integral” ou de qualquer outro diploma legal, se aqueles que lidam diariamente com a infância e adolescência – família, sociedade e Estado – não protegem, de fato, integralmente as crianças e os adolescentes. A “pregação” dessa nova linguagem precisa ser internalizada (alterando a forma de pensar, agir, olhar, sancionar, regulamentar, preceituar, etc.), para que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana em desenvolvimento comece a ser respeitada em sua totalidade, caso contrário, a Doutrina permanecerá valendo apenas para uma parcela privilegiada do país, que pôde contar com o vulgarmente chamado “berço de ouro”.

A pior parte de o reconhecimento ainda permanecer formal é que, em virtude de os direitos já estarem consagrados em lei, a defesa em prol desse grupo vulnerável enfraquece e os adeptos da bandeira infanto-juvenil diminuem. Enquanto houver uma pessoa em desenvolvimento oprimida, pauperizada e espoliada de seus direitos neste país de dimensão continental, a luta pela proteção integral e pela concretização de seus direitos fundamentais e da personalidade não pode parar.

4.1 Municipalização do atendimento e órgãos de proteção

O Conselho Tutelar é um órgão permanente e autônomo, que visa zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, possuindo a incumbência de atender estes em casos de ameaças ou violações de seus direitos, tomando providências necessárias e adequadas a fim de garantir sua integralidade (DOMINGO, 2016).

Trata-se de órgão que atende e aconselha as crianças, adolescentes e suas famílias ou responsáveis, encaminha ao Judiciário os casos que são de sua competência, expede notificações, institui programas com vistas a atender aos direitos da criança e do adolescente, dentre outras atribuições (BRASIL, 1990; BRASIL, 2010).

Ante a responsabilidade do Conselho Tutelar estes devem usar de todos os recursos públicos e da comunidade para fazer cumprir suas determinações. Por esta razão, é importante que o conselheiro tenha conhecimento sobre a rede de proteção na área da violência intrafamiliar contra criança e do adolescente de sua região, bem

como estabeleça relações e trabalho com os outros serviços da rede, de modo a otimizar as ações.

Para tanto, precisa articular os recursos disponibilizados e trabalhar para que sejam instituídos novos recursos, quando os já existentes não satisfazem às necessidades de determinada área, participando ativamente da formulação de políticas públicas, mantendo os órgãos responsáveis informados sobre os problemas existentes na comunidade e promovendo a difusão dos direitos através de campanhas educativas na comunidade. Portanto, trabalha para promover o bem-estar, o respeito, a autoestima, a dignidade e a autonomia e, sobretudo, proporcionar que os indivíduos sejam sujeitos capazes de construir, de forma crítica e política, a sua cidadania. Além disso, desenvolvem ações com o objetivo de ajudar e dar suporte às famílias a fim de que possam solucionar as dificuldades e os problemas emocionais e sociais pertencentes a uma política que visa à preservação familiar. Referida política é constituída por programas cuja atuação se dá no contexto familiar, em que diversas modalidades de suporte podem ser providas, evitando que os problemas já existentes sejam agravados e demandem medidas mais gravosas, a exemplo do afastamento dos filhos do seio familiar, o que leva, segundo Santiago (2013) ao rompimento de vínculos e à institucionalização.

Segundo Veronese (2012), o Conselho Tutelar possibilita aos representantes da sociedade sentirem-se corresponsáveis pelos destinos das crianças e adolescentes de seu município. O conselheiro deve estar sempre atento às demandas que toda pessoa tem, especialmente as crianças e adolescentes, em especial as que estão em situação de abandono e da violência intrafamiliar, tanto física, como psicológica, em todas as fases do atendimento. Quanto aos casos de violência intrafamiliar, os conselheiros são responsáveis pelos comunicados dos casos suspeitos ou confirmados, determinando as medidas de proteção necessárias, solicitando serviços públicos de saúde, educação, trabalho, segurança, além de serviço social e previdência, encaminhando as vítimas e famílias sempre que necessário ao Ministério Público (BRASIL, 2002).

Quando a denúncia realizada diz respeito a um evento de violência intrafamiliar, o Conselho está autorizado a aplicar diversas medidas cujo objetivo é assegurar a proteção da criança e do adolescente. As medidas podem englobar desde a orientação, suporte e acompanhamento provisório à família, disponibilizadas pelo próprio conselheiro, até outras de consequência mais gravosa, como é o caso da

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

suspensão do poder familiar. A implementação dessas medidas tem o objetivo de enfrentar os desdobramentos e evitar que a violência continue ocorrendo, visando colocar um fim em seu ciclo. Reafirme-se, no entanto, que a atuação do Conselho Tutelar tem caráter administrativo e, diferente do que parece, não assistencial. Tem como principal função colocar atribuições constitucionais e legais em prática no campo da proteção à criança e ao adolescente (MILANI; LOUREIRO, 2008).

Frente às atribuições pertinentes a esses profissionais e no sentido de qualificar sua prática, os conselheiros precisam de constante capacitação pela interface que as violências demandam com os conhecimentos de vários campos de saber. Assim, os conselhos tutelares devem ser compreendidos como órgãos cuja atuação é comunitária (e não assistencial), de maneira a auxiliar na construção da cidadania além de fomentar o desenvolvimento comunitário (FRIZZO; SARRIERA, 2005).

Estudos sobre o Conselho Tutelar vêm sendo realizado no Brasil, os quais vão desde a sua atuação como escolaridade, adaptação social e violência. Entretanto, mais pesquisas são necessárias, para identificar problemas e limitações que venham a dificultar a prática dos conselheiros para atuar na garantia do direito da criança e do adolescente.

A ideia da rede de proteção na área multidisciplinar da infância e da juventude, por certo, não se limita apenas ao âmbito jurídico; na verdade, prende-se à necessária implicação entre os sistemas de direitos e garantias fundamentais então estabelecidos no ECA, que importam verdadeiramente numa revolução cultural orientada pelas opções políticas adotadas pelo Poder Constituinte de 1987/1988, e, assim, insculpidas na CRFB/1988, como uma fórmula solene de declaração de princípios fundamentais que estruturam o próprio Estado, isto é, a sua organização administrativa e funcional para o atendimento destas novas missões – “ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe” (SILVA et al., 2013, p.17).

Esta ordem de princípios que direciona a integração entre os sistemas de garantias determina que, primeiro: crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, devendo desfrutar da totalidade de direitos fundamentais assegurados à pessoa humana; segundo: crianças e adolescentes têm direito à proteção integral; e, por fim: crianças e adolescentes estão assegurados por todos os instrumentos necessários para garantir o integral desenvolvimento de suas personalidades. Em decorrência disso, cada um dos sistemas de garantias direciona-se ao atendimento de cada um

dos vetores assecuratórios da dignidade da pessoa humana. (RAMIDOFF; RAMIDOFF, 2017).

Os direitos afetos à criança e ao adolescente são especiais e específicos e, desta forma, precisam ser universalmente reconhecidos, conhecida a condição humana peculiar de pessoas em desenvolvimento da personalidade (física, moral, cultural etc.) (FURINI, 2011). No Brasil, as leis internas, precisam garantir a satisfação das necessidades vitais básicas das pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento de suas personalidades.

Os sistemas de garantias estabelecidos no ECA, além de harmônicos, decerto, guardam entre si diversas implicações funcionais (atribuições, competências e responsabilidades) (RAMIDOFF; RAMIDOFF, 2017). No entanto é o art. 227, da CRFB/1988 que estabelece a responsabilidade comum e concorrente, então compartilhada de igual sorte entre a família, a sociedade (comunidade) e o Estado (Poderes Públicos em todos os níveis) para o alcance de tais metas que se relacionam, assim, diretamente com cada um destes sistemas de garantias.

O "Sistema de garantias" importa na percepção de que foram estabelecidos procedimentos mínimos numa forma de Código Deontológico Protetivo que, no fundo, implica marcos objetivos para salvaguardar os pontos de partida de uma nova concepção sobre estas "novidades fáticas", vale dizer, destas emergências subjetivas. É a integração sistemática das novas pautas sociais que também enseja a integração dos sistemas de proteção – políticas públicas de atendimento + prevenção protetiva especial + medidas legais resolutórias e adequadas – constituindo, assim, o sentido (determinante) do conteúdo tanto das regras de interpretação, quanto das regras que regulamentam as atividades institucionais e os comportamentos humanos. A orientação normativa a ser estabelecida pelo sistema estatal especial para resolução dos casos legais pertinentes à infância e à juventude, necessariamente, deve guardar referência com cada um dos sistemas de garantias (MORAES, 2019).

A integração implica a formulação de "redes de proteção", pois não se pode retornar ao passado e aceitar a cisão desta sistematização integrada de garantias que, bem por isso, estabelece a previsão de uma nova estruturação e funcionalidade institucional, sob pena de quebrar, romper, limitar, restringir ou mesmo eliminar direitos, garantias e princípios fundamentais que perpassam recorrentemente não só por todo o ECA, mas, também, por diversas legislações extravagantes que cuidam da regulamentação do exercício de direitos fundamentais, como, por exemplo, na

educação – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN (Lei 9.394/96) –, na saúde – Sistema Único de Saúde (SUS) –, na assistência social – Sistema Único de Assistência Social (SUAS) –, dentre tantas outras.

A título de exemplificação, o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF determina que o governo comprometa-se com a garantia dos direitos à criança e ao adolescente, a defesa e a realização dos cuidados amplos e necessários ao bem-estar desse grupo. No tocante a violência, esse grupo precisa ser protegido contra as diversas formas de violências, físicas, sexuais e emocionais, negligência, comercial, financeira (UNICEF, 2014).

Foram criadas em várias cidades do país, com a ajuda da UNICEF, Centros de Defesa da Criança e do Adolescente, conhecidos como CEDECA, com o propósito de desenvolver mecanismos de prevenção, proteção e atendimento aos menores e, consequentemente, aos seus familiares que também foram envolvidos na situação de violência sexual cometido. Ana Cristina Wanderley da Paixão afirma que:

> Posteriormente, foi realizado em Brasília o "Encontro das Américas", a fim de tratar de assuntos relacionados à matéria infanto-juvenil. Já em 1997, foi promovida a 2ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, com o seguinte lema: "Criança e Adolescente, prioridade absoluta", trazendo a proposta de se buscar ampliação das atividades da sociedade, nas esferas municipal, estadual e nacional, com o objetivo de avaliar a situação de implementação da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes. Para tanto, foi instituído o Disque-Denúncia, buscando a ação da comunidade por meio de denúncias de qualquer forma de violência contra a população infanto-juvenil, além de tratar de outras práticas criminosas, como o tráfico de pessoas e o desaparecimento de crianças (PAIXÃO; DESLANDES, 2010, p. 117).

No ano de 2003, o serviço do Disque Denúncia passou a serem coordenados e executados pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), em parceria com o Centro e Referência, Estudos e Ações Sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA). Desde o ano de 2006, com o nome de Disque 100, as denúncias recebidas, cuja autoria é mantida em sigilo absoluto, após analisadas, são remetidas aos órgãos de defesa e responsabilização.

No Brasil, o setor saúde, mediante a Portaria nº 104/2011, incluiu no rol de agravos de notificação compulsória as situações de violência intrafamiliar conferindo-lhe o 45º evento compulsório no país. Esta notificação envolve: acolher, atender e encaminhar esses casos, mas os profissionais ainda não se sentem instrumentalizados a partir de sua formação/ competência, experiência para

acompanhar criança/adolescente em situação de violência. A literatura reforça esta assertiva (BRASIL, 2011).

Notificar é registrar em um formulário específico os casos de violência que comparecem aos serviços de saúde; os profissionais devem registrar e comunicar à autoridade responsável deste setor (BRASIL, 2011). A denúncia é um relato de fatos que configure ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes e pode ser feita de várias formas (telefone, pessoalmente, por escrito ou qualquer forma possível) de acordo com as recomendações do CONANDA (CONANDA, 2007).

Esta notificação compulsória está interligada ao setor saúde por meio do Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN. Para os outros setores que compõem a Rede de Proteção e Apoio a notificação compulsória está em construção, considerando que há uma dualidade compreensiva quanto aos termos notificar e denunciar (BRASIL, 1990; CONANDA, 2007).

Os órgãos e programas aqui mencionados são meramente exemplificativos e tantos quantos forem necessários para assegurar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente podem ser implementados.

As políticas públicas envolvem escolhas feitas pelo administrador (Poder Executivo), que dependem de marcos previamente definidos pelos representantes do povo (Poder Legislativo). Elas podem ser realizadas pelos governos (federal, estadual e municipal), seja de forma autônoma, seja por meio de parcerias (com outras esferas de governo ou com a sociedade civil), o que dependerá, entre outros fatores, dos objetivos da política e da forma de financiamento (DOMINGO, 2016).

Por fim, importa dizer que o sentido e o alcance sociojurídico do Princípio da Prioridade Absoluta implicam necessariamente no fato de que crianças e adolescentes devem estar sempre em primeiro lugar em se tratando do ranking de preocupações por parte da família, comunidade, Poder Público e da sociedade em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo objetivou abordar a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes dando-se ênfase ao Estado de Santa Catarina.

O ECA promulgado há pouco mais de trinta anos inaugurou, no Brasil, um novo olhar acerca da população infanto-juvenil, ao consagrar, já em seu 1º artigo a Doutrina da Proteção Integral. Esta doutrina, baseada em documentos internacionais como a

Convenção dos Direitos da Criança de 1989, e nacionais, como a CRFB/1988, promoveu uma mudança de paradigma na sociedade brasileira, que passou a reconhecer a criança e o adolescente como verdadeiros sujeitos de direitos humanos em condição peculiar de desenvolvimento, merecedores, desta forma de um tratamento especial.

Assim, mais que uma evolução legislativa, o ECA significou uma mudança de postura frente ao modelo segregacionista e punitivo dos Códigos de Menores anteriores, compreendendo que a infância e a juventude demandam prioridade absoluta, responsabilidade que deve ser compartilhada por todos: família, Estado e sociedade. Para que isso ocorra, o modelo adotado foi o da descentralização e municipalização, que facilita a participação da sociedade na execução e na elaboração das políticas públicas destinadas à infância e à adolescência, através de um Sistema de Garantia dos Direitos.

No entanto, mesmo sendo reconhecida internacionalmente como uma legislação vanguardista e promissora, que influenciou inclusive, a elaboração de várias legislações em outros países, o ECA tem se deparado com uma série de dificuldades para a sua real implementação. A falta de pessoal preparado para atuar junto à justiça especializada; a falha na capacitação dos Conselhos de Direito, em especial do Conselho Tutelar; a inércia de alguns órgãos públicos na implementação das políticas públicas direcionadas às crianças e aos adolescentes; e, principalmente, a falta de conhecimento dos direitos humanos, notadamente dos direitos da criança e do adolescente.

Este artigo expôs a importância do surgimento da Rede de Proteção à Infância e à juventude prevista no ECA por meio das políticas de atendimento e analisou os problemas que vêm ocorrido no estado de Santa Catarina, além do caso Bernardo Boldrini, do Rio Grande do Sul, demonstrando que os mesmos problemas que ocorreram neste caso de grande repercussão nacional, ocorrem na grande maioria dos estados, dentre os quais destacou-se nesta pesquisa, o estado de Santa Catarina.

No caso Bernardo Boldrini, houve o envolvimento da escola em que o menino estudava, da sociedade em geral, Conselho Tutelar, CEDEDICA e Assistência Social, além do Ministério Público e Poder Judiciário, onde foi ajuizado o processo para alteração da guarda. A falta de carinho e cuidados básicos para com o menino ficaram evidentes nos depoimentos da ex-babá e relatos de pessoas próximas, que

apontavam a real situação de risco na qual a criança encontrava-se imersa em razão da rejeição familiar.

Do exposto, foi possível concluir que os problemas ocorridos, como a não denunciação do caso por pessoas próximas (equipe pedagógica, familiares, amigos e vizinhos), além da estrutura de atendimento ineficiente foram determinantes para que os maus-tratos perpetrados contra a criança culminassem em sua morte. Os integrantes da rede de proteção não foram capazes de apreender a extensão do problema, o que deixa claro que embora a proteção integral esteja prevista na legislação, na prática, não logra os resultados que dela se espera.

A Lei n. 13.010/2014 pode ser vista como um legado deixado pela tragédia ocorrida com o menino Bernardo com vistas a contribuir para a proteção de outros infantes que eventualmente sejam vitimados pela violência intrafamiliar em todo o Brasil.

REFERÊNCIAS

ALGERI, Simone; SOUZA, Luccas Melo. Violência contra crianças e adolescentes: um desafio no cotidiano da equipe de enfermagem. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, São Paulo, v. 14, p. 50-57, jul.–ago., 2006.

BARRETTO, Kizz de Brito Barretto. **Sexualidade Infanto-Juvenil**: a Proteção Jurídica da Dignidade Sexual das Crianças e dos Adolescentes. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BATISTA JR., João. Sedativo, soda cáustica e cova: como o menino Bernardo Boldrini foi morto. Veja, 13/03/2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/sedativo-soda-causti ca-e-cova-como-o-menino-bernardo-boldrini-foi-morto/>. Acesso em: 30 Julho 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 Julho 2022.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 Julho 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. **Notificação de maus tratos contra crianças e adolescentes**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. **Violência faz mal à saúde**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Linha de cuidado para a atenção integral à saúde de crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violências**: orientação para gestores e profissionais de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. **Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0104_25_01_2011.html>. Acesso em 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.010, de 26 de Junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/-l13010.htm>. Acesso em: 30 Julho 2022.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 6 agosto 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022**. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm>. Acesso em: 6 agosto 2022.

BRINO, Rachel Faria; SOUZA, Mayra Aparecida de Oliveira. Concepções sobre Violência Intrafamiliar na área Educacional. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 41, n. 4, p. 1251-1273, out./dez. 2016.

CAMPOS, Amini Haddad. **Vulnerabilidades & Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION - CDC. **Child Abuse and Neglect Prevention**. Atlanta, GA: Centers for Disease Control and Prevention; 2015. Disponível em: <http://www.cdc.gov/violenceprevention/childmaltreatment>. Acesso em: 30 Julho 2022.

COLEGIADO SUPERIOR DE SEGURANÇA PÚBLICA E PERÍCIA OFICIAL DE SANTA CATARINA (CSSPPO). Santa Catarina se consolida como estado mais seguro do Sul do Brasil. 22.02.2022. Disponível em: <https://www.nopontosc.com.br/sc/santa-catarina-se-consolida-como-estado-mais-seguro-do-sul-do-brasil/>. Acesso em: 6 agosto 2022.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. **Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar:** orientações para criação e funcionamento / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DAY, Vivian Peres; TELLES, Lisieux Elaine de Borba; ZORATTO, Pedro Henrique et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 1, p. 9-21, abr., 2003.

DOMINGO, Cintia Oliveira. **Adolescente e maioridade penal**: reflexões sobre violência e prevenção à luz da proteção integral. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

FAVORITO, Fernanda. TJ recebe representação conta juiz que manteve Bernardo com o pai. **JUSBRASIL.** 2014. Disponível em: <https://fernandafav.jusbrasil.com.br/noticias/118675074/tj-recebe-representacao-contra-juiz-que-manteve-bernardo-com-o-pai>. Acesso em: 30 Julho 2022.

FERREIRA, Maria Helena et al. **Violência sexual contra crianças e adolescente**s. Porto Alegre: Artmed., 2011.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência**. 2020. Dissponível em: <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>. Acesso em: 6 agosto 2022.

FRIZZO, Kátia Regina; SARRIERA, Jorge Castellá. O conselho tutelar e a rede social na infância. **Psicologia USP**, São Paulo, v.16, n.4, p.175-196, 2005.

FURINI, Luciano A. **Redes sociais de proteção integral à criança e ao adolescente:** falácia ou eficácia? São Paulo: Editora Unesp, 2011.

HABIGZANG, Luísa Fernanda; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; GOMIDE, Paula Inez Cunha. **A Outra Face da Violência**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

HARPER, Nancy S. Neglect: failure to thrive and obesity. **Pediatric Clinic of North America**, v. 61, n. 5, p. 937–57, Oct., 2014.

JAMPERSA, Lucas; PAISCA, Adriele Barbosa; LACERDA, Adriana Bender Moreira de. et al. Conhecimento e atuação do fonoaudiólogo em situações de violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes, **Research, Society and Development**, v. 11, n. 10, p. 1-16, 2022.

KELLEY, Michelle L.; LAWRENCE, HANNAH R.; MILLETICH, Robert J. et al. Modeling risk for child abuse and harsh parenting in families with depressed and substance-abusing parents. **Child Abuse & Neglect,** v. 43, p. 42-52, May., 2015.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários ao Título IV do Código Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Emanuele Souza; MORAES, Claudia Leite de; HASSELMANN, Maria Helena. et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Caderno Saúde Pública,** v. 36, n. 4, p. 1-6, abr., 2020.

MILANI, Rute Grossi; LOUREIRO, Sônia Regina. Famílias e violência doméstica: condições psicossociais pós ações do conselho tutelar. **Psicologia, Ciência e Profissão**, Brasília, v.28, n.1, p.50-67, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. A Violência social sob a perspectiva da saúde pública. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, p. 7-18, 1994.

MORAES, José Carlos Sturza de. **Conselhos tutelares:** entre a tutela de condutas e a defesa de direitos humanos - Caso menino Bernardo e outras reflexões. Paraná: Editora Viseu, 2019.

NATIONAL CHILD TRAUMATIC STRESS NETWORK - NCTSN. **Complex Trauma**. Washington, DC: Center for Mental Health Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, U.S. Department of Health and Human Services; 2016. Disponível em: <http://www.nctsn.org/trauma-types/complex-trauma>. Acesso em: 7 agosto 2022.

NITAHARA, Akemi. Lei Menino Bernardo completa dois anos de incentivo à educação sem violência. **Agência Brasil.** 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-06/lei-menino-bernardo-completa-dois-anos-de-incentivo-educacao-sem>. Acesso em: 7 agosto 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** parte geral: arts. 1ª 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAIXÃO, Ana Cristina Wanderley da; DESLANDES, Suely Ferreira. Análise das Políticas Públicas de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto juvenil. **Saúde e Sociedade.** São Paulo, v.19, n.1. 2010.

PFEIFFER, Luci; ROSARIO, Nelson Augusto; CAT, Mônica N.L. Violência contra crianças e adolescentes: proposta de classificação dos níveis de gravidade. **Revista Paulista de Pediatria**, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 477-482, dez., 2011.

RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SANTIAGO, Mayane Alves Silva. **O sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes e as dificuldades enfrentadas pelo Conselho Tutelar**. 2013. 52f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade Farias Brito, Fortaleza.

SANTOS, Eric de Assis. A lei de crimes contra a dignidade sexual e seus efeitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100. n. 904, p.799-812, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Priscila Arruda; LUNARDI, Valéria Lerch; RIBEIRO, Juliane Portella et al. Notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes na percepção dos profissionais de saúde**. Ciências Cuidado e Saúde**. v. 8, n. 1, p. 56-62, jan./mar., 2009.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**.7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TRABBOLD, Vera Lúcia Mendes; SILVEIRA, Marise Fagundes; GUIMARÃES, Cissa Thainá Fonseca; SANTOS, Maria Ivanilde pereira. Notificação e capacitação como desafios para a estratégia saúde da família no enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, nº 1, p. 3993-4015, 2021.

UNICEF. **Hidden in plain sight**: a statistical analysis of violence against children. UNICEF, 2014.

VACHON, David D.; KRUEGER, Robert F.; ROGOSCH, Fred A.; DANTE, Cicchetti. Assessment of the harmful psychiatric and behavioral effects of different forms of child maltreatment. **JAMA Psychiatry**, v. 72, n. 11, p. 1135–42, Nov., 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-69.

ZEANAH, Charles H.; HUMPHREYS, Kathryn L. Child Abuse and Neglect. **Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry,** v. 57, n. 9, p. 637–644, sept., 2018.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

THE DIGNITY OF THE PERSON AS THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS IN COLOMBIA

Alida Marcela Caña Mercado[1]

Resumen: El artículo 1 de la Constitución Política de1991, establece que el Estado colombiano se configura como un Estado Social de derecho y que se organiza en forma de República unitaria con fundamento en el respeto al principio a la dignidad humana. Asimismo, en los artículos 42, 53 y 70, se establece que ese principio se constituye como un elemento base para la protección de los derechos humanos, al igual que la promoción de la libertad, la igualdad y la justicia. Así, el objetivo de esta investigación es identificar la importancia y la existencia de la dignidad humana dentro del conflicto armado interno y examinar su materialización conforme a los derechos fundamentales debido a que este principio se ha reconocido como un valor inherente al ser humano y como la columna vertebral que sirve de soporte y fundamento a la edificación de diferentes derechos humanos. Se trata de una investigación cualitativa, descriptiva y documental. Se empleó como instrumento de investigación una encuesta realizada a habitantes del Municipio de Coloso, departamento de Sucre, zona afectada por el conflicto armado interno en Colombia.

Palabras clave: Dignidad humana, derechos humanos, Colombia, conflicto armado.

Abstract: Article 1 of the 1991 Political Constitution establishes that the Colombian State is configured as a Social State under the rule of law and that it is organized as a unitary Republic based on respect for the principle of human dignity. Likewise, Articles 42, 53 and 70 establish that this principle constitutes a basic element for the protection of human rights, as well as the promotion of freedom, equality and justice. Thus, the objective of this research is to identify the importance and existence of human dignity within the internal armed conflict and to examine its materialization in accordance with fundamental rights, since this principle has been recognized as a value inherent to the human being and as the backbone that serves as a support and foundation for the construction of different human rights. This is a qualitative, descriptive and documentary research. A survey of inhabitants of the Municipality of Coloso, department of Sucre, an area affected by the internal armed conflict in Colombia, was used as a research instrument.

Keywords: Human dignity, human rights, Colombia, armed conflict.

1. Introducción

El ser persona implica una serie de atributos jurídicos y sociales que nos permite interactuar con los demás miembros de una sociedad (por cuanto el ser

[1] Universidad Internacional de La Rioja, España. Abogada de la Corporación Universitaria Del Caribe Cecar; Máster Universitario en Derechos Humanos:Sistemas de Protección por la universidad internacional de la Rioja. Email: canamercadoaly@gmail.com.

humano suele vivir en sociedad), en la búsqueda de la plenitud y del desarrollo de cada individuo con todos los mecanismos jurídicos, sociales, económicos y culturales que tienen a su disposición para salvaguardar y proteger su dignidad como personas.

Para entrar a una aproximación conceptual de la Dignidad Humana, es necesario precisar que existen precedentes que vienen desde la antigüedad a enseñarnos cómo se lleva a cabo la construcción de conceptos modernos de la Dignidad Humana. (GONZÁLEZ 2015) Pero antes de continuar se debe resolver una aproximación de la conceptualización de la dignidad humana, y cuál es el origen de este.

Etimológicamente, el término *dignidad*, proviene del latín *dignitas*, cuya raíz es *dignus*, que significa excelencia y grandeza, donde cabe agregar que la dignidad que posee cada individuo es un valor intrínseco, puesto que no depende de factores externos (GONZÁLEZ 2015) Es decir, que la dignidad se refiere al respeto o la estima que merece cada individuo de la sociedad más allá de la superioridad que pueda tenerse frente a los animales como seres vivientes y merecedores de respeto, la dignidad humana inherente a cada persona facilita la convivencia y la protección de las garantías fundamentales de una sociedad. Así, la palabra dignidad no sólo significa *grandeza* y *excelencia* (GONZÁLEZ 2015), sino la cualidad de reconocimiento del respeto de un individuo a otro.

En la historia de la humanidad se han presentado guerras que han traído consigo grandes secuelas fruto de ataques bélicos, muertes y barbaries perpetradas por las partes en conflicto y que han dejado al mundo en una constante zozobra que incluso se percibe en la actualidad con constantes referencias a posibles guerras o al inicio de nuevos conflictos (como la guerra de Ucrania Vs Rusia), de los cuales el mundo entero ha sido testigo. Se siguen presentando estos conflictos a pesar de existir toda clase de herramientas legales y jurídicas de las que disponen todas las naciones y la existencia también de organismos y entidades internacionales que velan, entre otros aspectos, por la paz y la convivencia pacífica entre los diversos Estados y el respeto a los derechos humanos.

A razón de esto, después de las guerras y de presentarse barbaries como el holocausto nazi, aparece la Organización de Naciones Unidas (ONU) hacia el año 1948 y con ella, la Declaración Universal de Derechos Humanos con la intención de proteger y de promover la paz en todas las naciones. (NUSSBAUM 2017)

Ahora bien, la dignidad humana desde el entendido, es un pilar fundamental de la Carta Magna de Derechos Humanos, y principio de todo derecho fundamental de todas las personas por el hecho de ser seres humanos. Por lo tanto, la dignidad humana, empezó a verse como un "elemento" indispensable en el desarrollo de las sociedades, puesto que es, fue y será, la garantía que tienen las personas de vivir plenamente y ejercer sus derechos y demás protecciones constitucionales, amparados por las normas internas e internacionales que adopta cada país en pro de implementar derechos y respetar la dignidad humana de todos sus habitantes.

Hablar de dignidad humana de manera abstracta es imposible, puesto que esta composición de dos palabras tan inmensamente significativas, complementa la razón de ser de la humanidad, el hecho de respetar y garantizar los deberes y derechos de todas las personas que habitan en este mundo, y con ellos, aquellos donde muchas garantías y derecho no se puede implementar por situaciones de conflictos internos de cada Estado, por lo cual al conceptualizar el término de dignidad humana, este hace alusión a tres sentidos propios de este concepto que son la autonomía individual, las condiciones de vida cualificadas y la intangibilidad del cuerpo y espíritu (NUSSBAUM 2017)

La dignidad humana es un valor que, desde diversas concepciones, ya sean éticas, morales, religiosas o jurídicas, implica por su esencia la aceptación innata al ser humano al ser esta herramienta, fundamental en la construcción y consolidación de los demás derechos fundamentales, en palabras de Rubén Miranda, es "un valor y un principio fundamental del Estado democrático y de Derecho" (MIRANDA 2020, p. 151). En cuanto la Constitución Política de Colombia de 1991, la reconoce como ese principio fundamental del cual se derivan los demás derechos, dándole la importancia al exponer en su artículo 1 que el Estado Social de Derecho se basa en el respeto de la dignidad humana.

Amén de lo anteriormente expresado, la dignidad humana debe reconocerse por ese valor y/o derecho único que poseemos los seres humanos con el simple hecho de ser persona, es decir, es un derecho absoluto que no cambia ni se gradúa por la religión, grupo étnico, raza, condición social, etc. En este sentido, la dignidad humana por su razón de ser, tal como lo expresa la sentencia T-291/16 de la Corte Constitucional de Colombia es:

> (…) Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por lo tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

Es por ese motivo por el cual se lleva a cabo un análisis en esta investigación acerca de cuándo la dignidad humana es vulnerada en Colombia y cuáles son los mecanismos y/o herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para así garantizar y proteger el goce de tal principio y de los derechos que se derivan de éste. De igual manera, se estudia si existe respeto a la dignidad humana dentro del conflicto interno que se vive en el país.

Debido a la trascendencia de la dignidad humana como principio y base para el reconocimiento y desarrollo del resto de los derechos en el ordenamiento jurídico colombiano, (dando especial relevancia a los derechos vulnerados en el marco del conflicto armado), a continuación se procede a realizar una recopilación de literatura referente al tema y sobre la observancia (o no) y/o respeto del mismo y de los derechos humanos, tomando entonces como eje central el conflicto armado en Colombia.

2. ¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA?

La dignidad humana es un concepto que a través del tiempo ha tomado diferentes significados y al mismo tiempo, enfoques. Es además un concepto visto en todos los escenarios y que implica el respeto y la estima que toda persona debe tener y merecer por la calidad de ser humano, es decir, es una cualidad que se tiene por el hecho de ser humanos. Citando a MEYER (2004), DELGADO (2018), ofrece una aproximación a este concepto con dos posibles acepciones, la primera concibe la dignidad humana como una cualidad moral que todos los seres humanos poseen y un segundo concepto indica que se trata de la conciencia de la propia dignidad, la cual favorece la expresión de esa dignidad y así, evita la humillación.

Hoy la dignidad humana se relaciona con disciplinas como la filosofía, la antropología, política y el derecho; sin embargo, la ética juega un papel crucial en el desarrollo y reconocimiento de la misma al haber una relación estrecha entre la dignidad y la ética, puesto que la ética se liga al ser humano como eje de deberes y derechos, de manera que con ello un hecho moral incide en el comportamiento de un individuo a otro y así mismo, en cómo éste le da valor y respeto a los demás miembros

de la sociedad por medio de tratos y comportamientos que directamente dignifican al ser humano o, en su defecto, lo deshonra con sus acciones u omisiones violentas al momento de relacionarse en sociedad. (MONROY, 2020)

Por lo tanto, para MONROY (2020), al acercarnos a un concepto de dignidad humana, es necesario no solo relacionarlo con las disciplinas antes mencionadas, sino entender que la dignidad humana se extiende a otros factores sociales, económicos, religiosos, políticos y ontológicos, que permiten la creación de los conceptos de dignidad humana, llevándola a otras dimensiones pero a la vez, llenando al ser humano de respeto y decoro por el hecho de ser y a la vez garantizando la protección de esta misma.

El concepto de dignidad va de igual manera ligado con el respeto que merece cada persona, entendiendo por persona en cuanto a su modo de vida o las decisiones que toma. En el caso particular de Colombia, de conformidad con el artículo 90 del Código Civil, el ser humano es considerado como persona desde el momento en el que nace vivo, momento a partir del cual cada persona debe gozar de calidad de vida, por lo que el valor de dignidad se humaniza y se considera importante, al punto de dotarle el rango de derecho innato, inviolable e intangible. Es decir, es un derecho fundamental desde el momento de nacer. (Art. 90 CC)

> *La dignidad humana está comprendida dentro del marco de principios que guían la Carta fundante del Estado Social de Derecho. Lo cual indica que debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales, independientemente del sujeto sobre quien recaiga dicha actuación. Es tal la importancia que reviste, que la garantía de los derechos humanos está cimentada en la consideración de la dignidad humana como esencia de la naturaleza del hombre. Pues resulta claro que en su trasegar histórico la dignidad como exigencia moral se ha positivizado a través de la creación de los derechos fundamentales, faro en la aplicación de medidas y garantía de derechos [...] el respeto por la dignidad humana debe ser garantizado a todas las personas indistintamente de su condición, es por lo tanto una obligación estatal y debe inspirar cada una de sus actuaciones, incluso a las que van dirigidas a personas que se encuentran en un estado de especial sujeción, como es el caso de quienes están recluidos.*(Sentencia T- 190 de 2010)

Otra forma de entender la dignidad humana es como el respeto que cada persona siente y valor que se da a sí misma y hacia los demás. En este sentido, al respetarse uno mismo y al respetar a lo demás, conlleva a que todos los seres humanos seamos tratados en un pie de igualdad, por lo que podría considerarse como una fuente constituyente de todos los derechos fundamentales.

Esto lleva a que a través de la historia, la dignidad humana se haya constituido como ese núcleo central en la elaboración y construcción de derechos fundamentales que se han visto reflejados en los diferentes documentos internacionales que buscan plasmar a través de derechos, el respeto por eso que llamamos dignidad. Entre estos instrumentos se encuentran la Conferencia de San Francisco (1945) que se refiere a la dignidad "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana" (Carta de Las Naciones Unidas, Preámbulo, 1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca […] de todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo).

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) cuyo preámbulo expresa que la libertad y la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. (ONU, 1966)

Amén de lo anterior, se puede decir que este concepto se convierte en una especie de garantía que posibilita a todas las personas alrededor del mundo, el reconocimiento y respeto de la persona en los diferentes escenarios a merecer una vida con calidad y respeto de cada uno de los derechos que universalmente se han reconocido, respetando las características y condiciones particulares que tiene cada uno por el hecho de ser personas sin importar su raza, sexo, ideología, religión, coeficiente intelectual, rasgos físicos, condición económica: es decir, la dignidad no excluye a ningún ser humano.

Se trata también de uno de los conceptos que, para ser incorporados en el ámbito legal, se tiene muy en cuenta su concepción filosófica ya que a partir de ésta, se fundamentará su argumentación y contextualización, ya que concierne al trato y debido respeto a cada persona por su condición de ser humano. A través del ámbito filosófico se busca argumentar la instrumentalización de la dignidad para llevarla al rango de derecho. Partiendo de la filosofía griega y romana en lo que respecta al concepto de dignidad, tiene mucha injerencia en lo concerniente a lo divino, algo que es perfecto.

Es así como a través del tiempo la noción de dignidad humana ha tomado mejor sentido y desarrollo, pasando a ser un concepto vinculado a la posición social, a expresar la autonomía y capacidad moral de las personas, constituyéndose como fundamento indiscutible de los derechos humanos (MARTÍNEZ 2013)

Así mismo, se relaciona con el cristianismo como ese vínculo que tiene el hombre con Dios que se fundamenta en que el ser humano es creado a imagen y semejanza a Él, por lo cual debemos tener un trato digno tal como se le hace a Dios. Todas estas concepciones tomadas en los diferentes tiempos de la historia a nivel filosófico y religioso, han ido de una manera u otra reflejados y contextualizados al ámbito legal, partiendo que la dignidad humana es el valor fundador de todos los derechos humanos que constituye el fundamento incuestionable de la idea de estos, aunque existen otros valores fundadores, como libertad, igualdad, solidaridad, seguridad o paz, y la dignidad humana se sitúa a priori de estos, como su especie ontológica, como el núcleo fundamental de la idea de derechos humanos. (ONU, 1948)

De conformidad a lo antes expuesto, es importante traer a colación a Vives (1524), quien en su obra *Introductio* ad *Sapientiame*, sintetiza algunos aspectos cuando enuncia que la dignidad es la buena opinión que tienen los hombres obtenida en justicia por la virtud, o por el decoro que asoma al exterior de la virtud, que vive recatada en la más entrañable intimidad, es decir, que la dignidad se basa en la buena opinión que le da el ser humano, a la justicia, es decir que tiene que ver con ese grado de igualdad de oportunidades que cada persona pueda tener. Es así como el concepto de dignidad humana, puede ser abordado de una manera inmensa puesto que este conlleva un sin número de variedades y perspectivas dentro de los diversos ámbitos de la vida humana. (ALIAGA, et Al. 2017)

ALIAGA, et Al. (2017) han expuesto que la dignidad humana que hoy nos ocupa, nos obliga a detallar el posicionamiento real que tiene el concepto de dignidad humana y con ello especificar de donde proviene dicho concepto y como lo podemos ligar a las realidades socioculturales que vivimos hoy. Puesto que estos nos permitirán asociar el concepto desde un sentido más específico. Es decir, debemos buscar el origen del concepto de dignidad humana para poder aplicarlo realmente en las sociedades civiles en el marco de las vulneraciones de Derechos Humanos, como garantía fundamental de estos.

A lo largo de la historia de la humanidad, hemos encontrado autores que se han dedicado a crear o buscar los orígenes del concepto de la dignidad humana, es por ello que autores como AGUIRRE y BOHÓRQUEZ (2009) han planteado teorías acerca de las tensiones y contradicciones que se dan al momento de definir este concepto y es por ello que estos cuestionamientos versan sobre si la dignidad

humana, es inherente a los seres humanos o si esta es netamente aprobada por los Estados.

Es así como tratar de definir o acercarse a un concepto universal de dignidad humana, se tiene que tener en cuenta grandes perspectivas y concepciones puesto que en todas las culturas del mundo se percibe un concepto pero no todos los países lo perciben en relación con los derechos humanos que tiene el hombre por el simple hecho de ser una persona, pues esas percepciones varían de acuerdo a factores legales, políticos, religiosos y económicos (ALIAGA 2017), “pues es el ser humano como ser, quien es sujeto de derechos y, por tanto, con particularidades que le son esenciales como es la que resulta de su propia dignidad” (MIRANDA 2023, p. 33).

Tal razón nos permite seguir el interrogante planteado por ALIAGA (2017), quien cita a SANTOS (2014) en cuanto si existen otros lenguajes de dignidad humana, es decir, cómo se puede percibir el concepto de dignidad humana, por lo que este autor plantea que la dignidad humana puede ir más allá en relación a los derechos humanos, sino que puede entenderse desde la perspectiva más amplia donde el ser humano pueda tener herramientas diarias para alcanzar su felicidad o un buen vivir.

Es por ello, que dentro del concepto de dignidad humana existe un carácter natural o consensual de la dignidad (BOHÓRQUEZ y AGUIRRE, 2009) dicho carácter natural hace referencia a la dignidad humana como una característica natural que se le atribuye a las personas por el solo hecho de serlo sin importar otros factores como étnicos, políticos, raciales, se le atribuye a las personas. Por lo tanto, a acercarnos a un concepto de dignidad humana, todos nos llevan al mismo punto esencial y vital, consistente en que la dignidad humana de toda persona está ligada a un concepto ético, indiscutible, cierto e intransferible que tienen todas las personas y se ha convertido, según afirma Miranda Gonçalves, en “la piedra angular a la hora de sentar las bases del nuevo constitucionalismo moderno” (MIRANDA 2020, p. 150).

3 LA DIGNIDAD HUMANA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La dignidad humana como se explicó en el capítulo anterior, es un valor que con el transcurrir del tiempo y dada su importancia en los diferentes escenarios que conciernen a la protección y creación de derechos humanos para la protección y garantía de estos a todas las personas sin importar su raza, condición social, ideología, es tomada como la fundamentación y/o motivación de estos; es por ello que en el estado colombiano el concepto de dignidad humana va más allá que un valor,

sino que también hace parte como principio fundante del ordenamiento jurídico que constituye el presupuesto básico de la consagración y garantía del íntegro régimen de derechos y garantías de la Constitución de 1991, es decir, que el Estado colombiano toma la dignidad humana como ese valor superior del cual derivan los derechos fundamentales de las personas sin distinción alguna y así mismo, las herramientas de protección que este les brinda a sus ciudadanos se fundamentan en ella.

En la Constitución política de 1991, este principio se constituyó como un mandato constitucional, como ese deber positivo del cual se fundamenta toda la funcionalidad del Estado. Se trata, por lo tanto, de un derecho de carácter autónomo de donde emanan otros valores y derechos fundamentales, por lo cual el Estado le otorga a sus nacionales la facultad de exigir un trato conforme a su condición de ser humano, por lo que se configura como derecho fundante autónomo, como principio constitucional y como un valor fundante del ordenamiento jurídico.

Colombia tomó ese concepto de dignidad humana como esa cualidad esencial del ser humano, es decir, algo inherente al ser, ese atributo que no se puede desprender de la persona y que a partir de ese significado surge la idea rectora de construir las normas constitucionales basados en ella, tomando como guía el derecho internacional basándose en la Declaración universal de los derechos humanos, Pactos sobre derechos civiles y políticos entre otros; la dignidad humana tomada como ese vínculo conceptual que fundamenta la creación de derechos constituye esa fuente moral de todos esos derechos, ya que si se presenta una violación a estos hay una afectación a la dignidad humana.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-881/02, ha determinado que el Derecho a la vida digna y dignidad humana en Colombia debe regirse por lo siguiente:

• La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).

• La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).

• La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Es decir, esto se podría resumir en tres aspectos que son: Vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones. Si alguna institución, persona o entidad impiden que

se cumpla estos tres aspectos, la persona puede exigir su protección al Estado. Considerando la Constitución política de Colombia de 1991, es posible darse cuenta que la dignidad humana más allá que un concepto, que un derecho o un valor; en su marco constitucional y legal es una directriz primordial que sirve de guía y base a todo el ordenamiento jurídico; es decir, al momento de establecer la Constitución Política de 1991, en Colombia se tomó en cuenta todas las políticas nacionales e internacionales para la protección de los diferentes derechos fundamentales que en esta se iban a plasmar, pero más allá de forjar estos derechos se le debió dar una motivación a estos para que puedan desarrollarse en los diferentes escenarios y así mismo, pudieran cumplirse dentro de los rangos de valores morales, éticos y legales; por tanto, para darle el sentido a estos se establece a la dignidad humana como principio fundante de los diferentes derechos.

El Estado colombiano tal como lo expresa la Constitución Política en su artículo 1°, señala que se constituye como un Estado Social de Derecho que se funda en el respeto por la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general. En consonancia con lo anterior, el preámbulo de esta Constitución conlleva a que los propósitos principales de cada derecho plasmado y/o fijado en esta Carta Magna y las leyes, deben tener como intención transcendental la materialización de las condiciones generales que logren la efectiva y adecuada protección a cada uno de estos derechos, por tanto se toma a la dignidad humana como ese núcleo esencial que garantiza la protección de los derechos fundamentales y derechos sociales.

Así, con la finalidad de desarrollar este trabajo, se inicia a partir de las generalidades conceptuales y teóricas para a continuación proceder al estudio de las peculiaridades que, en el Derecho se atañe e involucra a la dignidad humana en Colombia a la luz de la Constitución Política de 1991 como fundamento de los derechos humanos, tomado como principio y derecho fundamental autónomo, al ser un derecho y un principio inviolable objeto de protección de todo el poder del Estado con base en el reconocimiento de Universalidad tal como lo expone la Corte constitucional colombiana en la sentencia T-291-16.

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana determina que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana

se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. A pesar de que en el marco constitucional y legal exponen a la dignidad como un derecho que pertenece a todos y que nos da la calidad de vivir bien y sin humillaciones, se puede observar que en Colombia esta se ve muy afectada en ciertos sectores y muy a pesar que en la ley esta tenga un desarrollo máximo exponiéndolo conceptualmente, el accionar de las instituciones estatales es un poco indiferente.

Los ciudadanos colombianos necesitan conforme a la realidad de su vivir, el acompañamiento permanente del Estado para poder llevar una vida sin ataduras a un modo de vida que les ha impuesto el conflicto armado que se vive y así poder disfrutar libre e íntegramente de ese derecho y principio fundante.

Para propender la dignidad humana y que este se haga un derecho real y efectivo, el Estado debe accionar brindando seguridad masiva a los territorios, fortalecer la tierra y sus cultivos, brindar mejor acceso a servicios de salud y educación y sobretodo, en el tema económico, afrontar los tratados comerciales que fomenten la economía y el desarrollo social, ya que proteger la dignidad no es desarrollar determinadas cantidades de leyes y jurisprudencias que no se apliquen y/o amoldan a la realidad social puesto que más allá de lo que pueda estar plasmado en un papel, es el actuar por ese respeto hacia la dignidad humana y en Colombia tiene que ser por su realidad social un acto de acompañamiento permanente y constante. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2016)

Cabe mencionar que en el año 1989, la Constitución Política colombiana era débil y carente de ciertos derechos como el de la dignidad humana y es por esto, que una de las grandes diferencias entre la Constitución de 1886 y la de 1991 es que en esta última específicamente el artículo 1 contempla que Colombia es un Estado Social de Derecho y que se encuentra organizada como una República unitaria y descentralizada, democrática, participativa y pluralista, recalcando el hecho que se encuentra fundada (la República), en el espejo de la dignidad humana, además de la solidaridad de quienes la conforman y en la prevalencia del interés social general. (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991)

En la Constitución de 1991 se menciona a la dignidad humana como pilar dominante que fundamenta la base normativa de la nación, centrada en salvaguardar, proteger y velar por el bienestar integral de las personas y a su vez, garantiza un trato especial a cada persona acorde a sus necesidades y a su condición humana.

4. DESARROLLO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INTERNACIONAL

A lo largo del tiempo, la Corte Constitucional mediante las distintas sentencias se ha encargado de darle a la dignidad humana su valor y su debida interpretación, teniendo presente que el determinado derecho considerado como fundamental, tiene relevancia no solo a nivel constitucional sino también a nivel jurisprudencial en Colombia. Es por esta razón, que surge un interrogante para poder llevar a cabo este análisis ¿Cuál ha sido el desarrollo de la dignidad humana en la Jurisprudencia y en la parte Constitucional en Colombia?

La dignidad humana es un derecho con alto impacto no solo en la constitución colombiana sino también en las leyes internacionales, por lo que es fundamental mencionar que en el diario vivir surgen situaciones como la eutanasia, la interrupción del embarazo no deseado y la adopción de infantes por parte de parejas del mismo sexo, que llevan a la Jurisprudencia y a la Constitución a esclarecer el fundamento del concepto de dignidad humana para resolver con justicia y equidad problemas que se vivencian de manera cotidiana.

Para entrar en contexto, desde tiempos remotos a la dignidad humana se le ha dado un trato especial desde el punto de vista jurídico, porque hace parte de los principios fundamentales y por brindar la debida protección a las personas. Para el autor Aparisi “el valor de la dignidad humana es relevante y por eso que es reconocido como un principio fundamental en la Constitución” (APARISI 2013, P. 202)

En la parte jurisprudencial, la Corte Constitucional mediante distintas sentencias ha explicado la construcción del concepto y el valor que se le ha dado a la dignidad humana y cómo este principio constitucional es utilizado de manera constante para resolver conflictos que exponen la integridad y el bienestar de las personas.

En el año 1992, se comenzó a agregar de manera mínima, nociones del valor de la dignidad humana en la parte jurisprudencial y, para ese momento, la Corte Constitucional entendía este principio como un valor absoluto y fundamental que debía hacer parte en todas las leyes regidas en el Estado colombiano, siendo las sentencias que trataron el tema la T-499 de 1992, la T-551 de 1992, la C-221 de 1994 y la C-224 de 1994 (MONTERO 2014, p.13)

Para el año 1995, el concepto de la dignidad humana fue más recurrente en la jurisprudencia y según señala Montero (2014), para la Corte Constitucional este

principio constitucional deja de ser entendido simplemente como un valor y pasa a ser además constituido como un derecho fundamental, lo cual se vio reflejado en diversas sentencias como la T-036 de 1995, la T-046 de 1996, la T-265 de 1999, la T-127 de 2000, la T-1030 de 2003, la T-1183 de 2004, la C-355 de 2006 y la T-655 de 2008.

En el año 2009 ya son evidentes los avances en cuanto a la aplicación de la dignidad humana como derecho en la jurisprudencia, lo cual se evidencia en sentencias como la T-009 de 2009, T-640 de 2010 y T-1078 de 2012. Para el año 2014, la Corte Constitucional maneja un concepto claro de la dignidad humana específicamente como un derecho fundamental que debe ser aplicado ante problemas concretos que afectan la integridad y el bienestar de las personas, y en la sentencia T-381 de 2014, se explica la aplicación en situaciones puntuales, de este derecho fundamental (MONTERO 2014)

Teniendo como base lo mencionado anteriormente, en los años precedentes a la Constitución Política de 1991, la dignidad humana se conocía como un concepto solo "inherente" y sin relevancia, luego con la nueva Carta Política, la jurisprudencia explica a profundidad este principio pero no solo como un valor sino como un derecho fundamental, el cual debe garantizar la protección de los derechos de las personas.

A nivel jurisprudencial, la dignidad humana comienza a consolidarse de manera imparcial y a raíz de este derecho, se establecen ciertas libertades, entre ellas, la libertad del desarrollo de la libre personalidad y la autonomía de la voluntad, esta última explica, que cada persona tiene la libertad de tomar sus propias decisiones ya que es dueña de sí y responsable de todos sus actos. Cabe mencionar que en la sentencia C-221 de 1994 se menciona que:

La dignidad humana es un bien irrenunciable, donde el hombre puede usar está de manera consciente pero teniendo presente que no es un beneficio solo para el mismo sino también para las demás personas y este bien implica favorecer la salud, la integridad física, la psicológica y la moral de cada ciudadano. (CORTE CONSTITUCIONAL, 1994)

En la sentencia C-239 de 1997, se señala que la dignidad es un valor objetivo e independiente que contribuye a la construcción social en términos de calidad de vida (CORTE CONSTITUCIONAL, 1997) Por otra parte, en la Sentencia T-881 de 2002, se establece que la dignidad no se trata solo de un principio constitucional sino también de un derecho fundamental y autónomo. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2002) De igual manera, en la Sentencia C-355 de 2006 a la dignidad humana se le incluye

según la Corte Constitucional, como un mecanismo para garantizar el plan de vida y además protege a la autonomía individual. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2006)

Asimismo, en la Sentencia T-291 de 2016 se habla de la dignidad humana como la intangibilidad de los bienes patrimoniales que vela por la integridad física y moral de un ciudadano en el caso que sea sometido a cualquier forma de humillación o de tortura. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2016)

En la actualidad, para la Corte Constitucional la dignidad humana no solo es un valor, es también un principio y un derecho fundamental que hace parte de la normatividad estatal de Colombia, la mencionada se encarga de proteger la autonomía personal e integral de cada persona bajo los parámetros de justicia, igualdad y equidad, teniendo como objeto la protección integral de las personas y garantizando el cumplimiento de otros derechos fundamentales que afectan la dignidad humana como el derecho a la salud, al trabajo, la libre expresión, la identidad personal y la libertad de género.

Según lo anteriormente planteado, el empuje de los derechos, la interpretación de los fines esenciales y la axiología de la Constitución según los pronunciamientos hechos por la Corte, deben ir íntimamente ligados a lo que es el concepto de dignidad humana, puesto que a través de la Constitución de 1991, la jurisprudencia y todas esas construcciones jurídicas expuestas en las diferentes sentencias, se basan en el respeto hacia éstas y están íntimamente relacionadas con todos los derechos y con ese modelo tomado por Colombia como Estado social de derecho.

Partiendo de lo anterior, la disposición jurisprudencial referente a la concepción de dignidad humana la ubican y desarrollan en dos escenarios: la primera como objeto de protección y la segunda, como la funcionalidad normativa, puesto que la dignidad humana está íntimamente ligada a la calidad de vida de cada persona y esto implica que dentro de su objeto, se encuentre la protección de los derechos y, dentro de su funcionalidad normativa, cómo se protegen esos derechos a través de los mecanismos y/o herramientas de protección judiciales ante la presencia de vulneración. (CORTE CONSTITUCIONAL 2002)

El principio de Dignidad Humana en la jurisprudencia Colombiana es de carácter trascendental y fundamental, con un alcance inmediatamente constitucional y es por ello, que la Corte Constitucional como entidad encargada de velar por la supremacía de la Constitución y con ella su máximo pilar rigente de todas las garantías constitucionales y legales, ha identificado tres lineamientos claros y diferenciales en

cuanto al Principio Fundamental de la Dignidad Humana: la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura.

Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo. Es por ello que la jurisprudencia colombiana ha sido muy enfática siempre en el Principio de la Dignidad Humana como base fundamental en la creación de normas nacionales internas y así mismo al incorporar al bloque de constitucionalidad normas que en todo momento protejan la Dignidad del ser humano.

4.1. Análisis sentencia C- 337 de 2021

En esta sentencia, se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) y (24 parcial): decreto 588 de 2017 por medio del cual se organiza la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición.

En dicha demanda, los demandantes aseveran que las medidas implementadas en el decreto que en el término de 3 años para el funcionamiento de la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición es inconstitucional, puesto que las medidas que se implementaron para contener y mitigar la propagación del Covid 19 impidieron el desarrollo de las actividades que se iban a desarrollar en los territorios, los cuales eran fundamentales para abordar los temas principales con las victimas los cuales son: esclarecimiento de la verdad, convivencia y no repetición, ya que no se pudieron desarrollar las visitas y trabajo de campo por las normas de sanidad.

Los demandantes estipulan que el termino de tres años implementados de manera estricta como sucesión de días calendarios de duración de la CEV, deben tener en cuenta que se hace imposible adoptar las medidas necesarias puesto que por la emergencia sanitaria no se pudo desarrollar el trabajo de campo e implementar los enfoques participativos. Indican que, todos los órganos, instituciones y autoridades

del Estado colombiano están obligados a cumplir de buena fe lo acordado en el AF, lo cual implica "realizar sus mejores esfuerzos" para el cumplimiento de este y que el término de 3 años fue pactado considerando que "durante todo ese tiempo la CEV iba a tener la posibilidad de desarrollar correctamente sus funciones". Es decir que, "el AF consideraba que para satisfacer el derecho a la verdad por medio de la CEV era necesario que esta constara de tres años efectivos de operación".

Así, una interpretación estricta del término de tres años de duración de la CEV, sin tener en cuenta los períodos durante los cuales fue imposible implementar los enfoques participativo y territorial de manera completa, es inconstitucional, pues implica la violación del derecho a la verdad de las víctimas del conflicto armado.

Para la Corte, las comisiones de verdad tienen unas funciones específicas entre ellas se encuentra conocer la verdad histórica de los hechos violentos, así mismo, son las encargadas de hacer una narración pública de los sucesos con la finalidad de que sean reconocidos por la sociedad; por otra parte, "las comisiones de verdad tienen la responsabilidad de velar por la reparación simbólica de las víctimas, a su vez fomentar la reconciliación, solucionar oportunamente el conflicto y velar para que no se vulneren los derechos humanos". (CORTE CONSTITUCIONAL 2021)

Las comisiones de la verdad tienen la responsabilidad de que se le reconozcan a las víctimas sus derechos; cabe resaltar, que la antes mencionada debe analizar detalladamente el principio de reconocimiento para tener claridad de "las partes que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto con el principal propósito de hacer valer la verdad, de lograr la justicia y la reparación a las víctimas si el caso lo amerita" (CORTE CONSTITUCIONAL, 2021). Es fundamental dar a conocer, que para la corte las comisiones de verdad tienen que estar abiertas a escuchar a las víctimas mediante un relato formal de todos los hechos ocurridos, ya que su objeto como institución es precisamente el restaurar la dignidad de las víctimas y que estas vean satisfechos sus derechos. Además, deben elaborar un documento formal que sirva como evidencia de las recomendaciones que son elaboradas por la misma en el desarrollo de la investigación. (CORTE CONSTITUCIONAL 2021)

En la sentencia se señala una demanda debido a que la comisión no está esclareciendo una verdad y las víctimas aluden que no lograron desarrollar visitas y el trabajo de campo por las restricciones de movilidad de personas debido a las medidas de distanciamiento social a raíz de la pandemia del Covid-19, para los demandantes el término de duración de la CEV fue estricta y no se tuvo en cuenta los

efectos del Covid-19 a nivel territorial y por ende, las tareas de las misiones territoriales y de las casas de la verdad CEV se ha visto obstaculizada y esto fue lo que impidió la toma de testimonios a raíz del difícil acceso y la mala conectividad; es por ello, que la petición en esta demanda es la de declarar exequible de manera condicional los artículos 1 y 24 del Decreto 588 de 2017 "por el computo de los tres años de duración del mandato de la comisión para el esclarecimiento de la verdad, donde no se incluye el periodo de vigencia del estado de emergencia decretado por el gobierno nacional" (CORTE CONSTITUCIONAL, 2021)

Por tales consideraciones, la Corte Constitucional resolvió otorgar un periodo de funcionamiento efectivo hasta el día 27 de junio de 2022 y un periodo de socialización de dos meses que siga a ese periodo y que culminó el 27 de agosto de 2022 y ordenó al gobierno nacional a que los actos legislativos 02 de 2017, adopten medidas que resulten pertinentes para que se asegure el funcionamiento de la Comisión de la Verdad con las recomendaciones presupuestales para el 2021 y 2022.

4.2. Masacre de Mapiripán Vs Colombia- Sentencia del 15 de septiembre de 2005

Esta sentencia tuvo su origen en los hechos que empezaron el 12 de julio de 1997 cuando un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del ejército sin exigirles ningún documento y sin pasar por ningún tipo de control. El ejército les facilitó el transporte a los paramilitares para llegar la localidad de Mapiripán y el 15 de julio de 1997, más de cien hombres armados rodearon esa localidad por vía terrestre y fluvial. Al llegar, los paramilitares tomaron control del pueblo, comunicaciones y oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado.

La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

El caso se revisó el 5 de septiembre de 2003 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual solicita al Tribunal que se declare la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la presunta violación de los derechos reconocidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana en perjuicio de las

presuntas víctimas del caso de Mapiripán. Así mismo, la Comisión requirió al Tribunal que resolviera si el Estado infringió los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en correlación al artículo 1.1. Del respectivo tratado, en detrimento a las supuestas víctimas de la supuesta masacre y sus familiares.

En esta sentencia se habla de la responsabilidad internacional del Estado no solo por la muerte sino también por el abuso y las lesiones que las víctimas vivenciaron en la localidad de Mapiripán por parte de agentes paramilitares. Es fundamental dar a conocer que, para la ley y para los organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos "es relevante respetar los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a las garantías judiciales" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2022).

Ante el tribunal, Las víctimas narran los hechos que tuvieron inicio el 12 de julio de 1997 cuando los miembros de las autodefensas (AUC) aterrizaron en San José de Guaviare y según las víctimas, el Ejército Colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán y que el 15 de julio de 1997 los paramilitares tomaron control del pueblo e intimidaron a sus habitantes con torturas y asesinatos. De esta manera, fueron vulnerados el derecho a la vida, a la integridad de la persona, a la libertad y el derecho a la protección judicial, por lo que se solicitó ante el tribunal la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de esos derechos reconocidos en los artículos 4,5 y 7 de la Convención Americana en la masacre de Mapiripán. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2022).

Ante la evidente violación de los derechos a la vida, integridad y libertad, a la circulación, derechos de los niños, a las garantías judiciales y de protección judicial, ese tribunal declaró la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos fundamentales de 49 víctimas, por lo que requirió al Estado a adoptar las medidas necesarias para reparar a esas víctimas de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la CADH. Además, rendir un informe ante la Corte Interamericana que adoptó medidas.

5. ¿EXISTE RESPETO DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN COLOMBIA?

Es importante traer ahora a colación una situación que tiene azotada a Colombia desde hace más de sesenta años y es el conflicto armado interno por cuanto

se ha venido exponiendo que la dignidad humana está vinculada a ámbitos exclusivos de la persona natural y con el vivir bien de las personas y es ahí cuando germina este interrogante de si ¿Existe respeto del derecho a la dignidad humana en el conflicto armado interno en Colombia?

A pesar de haberse firmado un tratado con la FARC para poner fin al conflicto armado interno en Colombia, la paz se ha visto truncada de cierta manera debido a la decisión de cierta parte de dicho grupo armado, de continuar con actos bélicos a pesar de la esperanza de los ciudadanos de que algún día cese la violencia en el país, que aún hoy en día sigue siendo la razón de miles de muertes y familias destruidas por la violencia incesante que ha azotado a la población en muchos años.

Cuando se habla de dignidad humana frente un conflicto armado, surgen muchos interrogantes pero solo uno nos sacude la cabeza y es la cantidad de personas inocentes que ha cobrado este conflicto a lo largo de los años, entonces denotamos la inminente violación de la dignidad humana de las personas víctimas directamente e indirectamente de la guerra y como el victimario con su mal proceder se quita a sí mismo la condición de ser humano, pensante y doliente, por el desencadenamiento de sus más oscuros deseos de violencia, normalizados desde una perspectiva psicológica que juega a destruir todo lo que venga a su paso y así ha sido la violencia en Colombia, inocentes pagando por un conflicto ajeno a ellos, dignidades humanas devastadas y arrastradas hasta lo más bajo que se puede doblegar la moral de una persona sometida a las aberraciones y humillaciones más bajas por parte de una persona con su misma condición humana.

Por otra parte, el exilio por medio del cual se transgrede el honor de las personas obligadas a abandonar su territorio, ha condenado a miles de personas a la deshonra de su dignidad como personas, viendo así el exilio como una condición impúdica o indecorosa, en el sentido de abandonar lazos familiares o afectivos con seres miembros de una misma comunidad o territorios. (ALIAGA 2017)

En Colombia desde hace muchos años atrás era normal y/o común observar en los diferentes medios de comunicación, las noticias referentes a los actos delictivos y violentos realizados bajo las organizaciones involucradas en el conflicto armado. Estas noticias siempre estaban acompañadas de casos donde muchas personas eran víctimas de actos aberrantes por parte de la guerrilla, ya sea M-19, la FARC, el ELN, entre otros.

La gran mayoría de las victimas era la población civil que vivían en las veredas y municipios más apartados y de difícil acceso, los casos de violencia y atropello contra las personas eran innumerables y desastrosos, los efectos de la guerra frente a la afectación de la integridad física y moral de la población son una muestra real de la vulneración y detrimento de los derechos fundamentales en Colombia, por ende es importante examinar que ha hecho el Estado frente a estos actos y sobretodo, analizar si después de que Colombia tiene como principio fundante de los derechos fundamentales la dignidad humana, podría decirse si estas personas víctimas del conflicto armado gozan de ese derecho y todos los que se derivan de esta y analizar si los mecanismos de protección que tiene el Estado le son atribuibles y efectivos para su protección.

Cabe resaltar, que a pesar de que la dignidad humana tiene mucho respaldo a nivel constitucional y legal, es vulnerada debido a diferentes situaciones que el Conflicto Armado Interno en Colombia ha generado. Es fundamental dar a conocer, que son más de 50 años de flagelo, en donde muchos colombianos han sido víctimas de violaciones, secuestros y torturas por parte del Conflicto Armando Interno y es aquí donde mayormente se evidencia la vulneración de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la dignidad humana.

El Conflicto Armado Interno en Colombia inició en los años 60 y en todo este tiempo, ha dejado muchas víctimas no sólo en las partes rurales sino también en las grandes ciudades del país; estos eventos tan violentos han causado la muerte de millones de personas, secuestros, desplazamientos forzados y torturas, donde no hay respeto a la dignidad humana y tampoco hay una protección integral por parte del Estado a la comunidad.

En contexto con lo anterior, el gobierno como máxima autoridad nacional alude que ha establecido un Acuerdo Final para la terminación del conflicto que ha provocado daños irreparables en el país y a la vez ha creado leyes como la ley 1448 de 2011 para reparar las víctimas; sin embargo, el Estado no ha respetado lo establecido en la norma de normas, ya que ante tantos casos de violaciones y abusos por parte de Grupos Armadas como las FARC y el ELN, éste no ha reaccionado como la ley lo establece, lo cual es proteger en todo momento la integridad de las personas y el respeto a la dignidad humana, tal como lo establece la Constitución Política de 1991 en el artículo 1.

En la ley 16 de 1972, se estipula que cuando se respeta la dignidad humana se garantiza el derecho a la integridad personal de un individuo. En el artículo 5 en el numeral 1 se explica que toda persona tiene derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral, y el numeral 2 establece que ninguna persona debe ser sometida a torturas o a tratos crueles, inhumanos y degradantes y que cuando una persona es privada de su libertad, debe ser tratada con respeto a la dignidad inherente al ser humano, lo cual se reitera en la sentencia T-881 de 2002.

Aunque el Estado tiene claridad sobre esta normatividad y atiende a los mecanismos de protección de derecho impuestas por las víctimas, como lo son, el Derecho de Petición y las Tutelas, no acciona como lo estipula la ley con las garantías necesarias para castigar a las personas que han causado daño a la integridad y a la dignidad de muchas personas, es decir, en estos casos, el castigo ha sido leve para los Grupos Armados de las FARC y del ELN.

Por su parte, el Código Penal (Ley 599, 2000), menciona que el fundamento del derecho penal radica en el respeto a la dignidad humana. Sin embargo, aunque este valor tenga relevancia a nivel constitucional y en las leyes internacionales, este es el principio más vulnerado en Colombia. Millones de personas residentes de las zonas rurales de los departamentos del Arauca, Cauca, Meta y Amazonas son las más afectadas por la violación del mismo; en todos estos años mediante expedientes y testimonios recopilados de mujeres, hombres, jóvenes y niños se evidencia la violación a la dignidad humana mediante torturas y tratos crueles en la que los individuos son forzados a participar de las actividades de estos grupos armados bajo amenazas.

Aunque el Estado tiene conocimiento de estos eventos inhumanos, su accionar en todos estos años ha sido pasivo y negligente, la gran parte de las víctimas que han tomado la decisión de hacer pública su denuncia no han sentido el apoyo y respaldo del Estado en todo el proceso, ya que la mayoría de los casos que son denunciados, por lo general son dilatados y con el tiempo archivados.

En contexto a lo anterior, se plantea la siguiente pregunta ¿Será que el Estado realmente está cumpliendo con su responsabilidad a nivel nacional e internacional, de velar por la protección del derecho a la dignidad humana en Colombia?

Los antecedentes históricos demuestran que el accionar del Estado en relación a estas denuncias ha sido con mucha indiferencia, donde no ha velado por la integridad de las personas, como la Constitución Política de 1991 lo establece en el

artículo 1, es decir, ante el gran número de denuncias públicas este ha hecho caso omiso, tampoco realiza las investigaciones pertinentes para hacer justicia a los individuos víctimas de violaciones, secuestros, desplazamientos forzados, torturas, tratos crueles y amenaza por parte de estos Grupos Revolucionarios que son los entes principales y los causantes del Conflicto Armado Interno en Colombia.

En la actualidad, el Estado Colombiano en diferentes ocasiones ha reconocido su negligencia en cuanto a las denuncias que las personas han realizado por violación a la dignidad humana a raíz del Conflicto Interno Armado en Colombia. Cabe mencionar que uno de los mecanismos de control que ha comenzado a desarrollar el Estado en esta zonas del país, es la presencia masiva de militares y autoridades policiales en todos estos lugares con la finalidad de proteger la integridad de las personas y de esta manera, cumplir con lo estipulado en la Constitución Política de 1991 en el artículo 1, de garantizar el cumplimiento del derecho a la dignidad humana a toda la comunidad en general, pero esto no ha sido suficiente.

Muchas o la gran mayoría de las víctimas tienen miedo de hablar, se necesita acciones de mayor contundencia por parte de los diferentes sectores institucionales y sociales, muy a pesar que actualmente nos encontremos ante un proceso de paz, las víctimas se sienten re victimizadas debido a que no se ha cumplido a cabalidad referente al tema de verdad, justicia y reparación, no se les ha planteado de fondo las garantías de protección a ese derecho intrínseco e inalienable a la dignidad humana.

Otra evidencia plausible sobre la situación acerca de los derechos humanos en Colombia, se encuentra en el Sistema de Información sobre Derechos Humanos y Desplazamiento (SISDHES, 2021) de CODHES que presenta sus datos respecto a la situación de desplazamiento forzado en Colombia. Desde la firma del Acuerdo de Paz, el 2021 es el año en el cual se registraron, en el periodo enero a noviembre, el mayor número de víctimas de desplazamientos forzados.

6. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN COLOMBIA

Judicial y administrativamente existen mecanismos nacionales e internacionales que se encuentran contenidos en los tratados, convenios, pactos, disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales que determinan los contenidos y alcances hacia el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales que se derivan de esta, todos los seres humanos gozamos de protección de nuestros derechos los cuales están a cargo de todas la autoridades

tanto públicas como privadas, también dentro de los diferentes grupos sociales y nosotros como parte de la sociedad en general; todo esto con el fin de impedir que se realicen actos que atenten contra la dignidad en conexidad de los derechos fundamentales, todas las personas universalmente somos parte importante de hacer efectiva la protección de los derechos y llevarlos a una consolidación plena y efectiva.

Asimismo, tener la importancia de conocer que el estado colombiano es integrante de las naciones unidas desde el 12 de noviembre de 1997, motivo por el cual régimen mundial de las Naciones Unidas, mediante sus comités manifiestan cierto tipo de recomendaciones las cuales incumben ser respetadas y cumplidas por todos los estados miembros; en este momento solo se ha solo se ha reconocido la idoneidad al Comité de Derechos Humanos por medio de la Comité de Derechos Humanos mediante la suscripción y ratificación del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Amén de lo anterior, todas personas consideradas como víctimas de los Derechos registrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obtienen el derecho de instaurar quejas de manera particular ante el Comité de Derechos Humanos a posición que esta no haya sido interpuesta en una distinta instancia internacional, previo a que se hubiese agotado anticipadamente los recursos, tal como lo estipula el articulado 5 del protocolo.

En el estado Colombiano la tipificación de los Derechos Humanos ha venido en constante progreso, puesto que con la constituyente del 1991 se implementaron herramientas específicas para el amparo y defensa de los Derechos Humanos, tanto así que las encomiendas proclamadas por los Comités, Colombia los ha adoptado como referencia de las providencias falladas a través de las sentencias de la Corte Constitucional, razón por la cual esta institución se considera como el ente asegurador y vigilante para la protección y defensa de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución nacional. Razón por la cual se implementaron los mecanismos de protección de los diferentes derechos a nivel interno, subsidiario, los de protección regional e internacional; es importante destacar que el estado es quien tiene la carga continua de custodiar la protección de todos los derechos en el territorio colombiano.

“En este momento, el papel de la Corte Constitucional gira hacia un enfoque más jurídico que político; en palabras de Castaño (2007): "Cuando la idea del poder político se juridiza, cuando se atempera, sin traumatismos, al control constitucional, la sociedad tiene abierta las posibilidades de adentrarse por los senderos del garantismo

mismo y de asegurarse la racionalidad en el funcionamiento del Estado". En otras palabras, se inicia el camino hacia el Estado garantista".

Así mismo con la constituyente de 1991 se establecieron los elementos y/o herramientas de protección de los Derechos Humanos, razón por la cual se encuentran también dentro del llamado "bloque de constitucionalidad", los cuales se hallan los principios generales de los derechos, no obstante no se encuentren establecidos en la carta magna hacen parte de esta, igualmente se encuentran las normas internacionales establecidas en los tratados ratificados por Colombia, tal como lo dispone el artículo 93 de la constitución nacional: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, es decir que el bloque de constitucionalidad incluye principios y valores consagrados en los tratados internacionales de modo que es integrador y garantista, es decir que la constitución del 1991 no se delimita a una inflexibilidad constitucional, sino que completa y mejora proteger con instrumentos nacionales e internacionales los Derechos Humanos que puedan verse vulnerados.

A partir de la vigencia de la constitución de 1991 se les concedió a los colombianos herramientas nuevas de mecanismos de protección y defensa de los derechos fundamentales los cuales son: El Derecho de Petición, Peticiones de información, Quejas, Reclamos, Manifestaciones, Habeas Corpus, Habeas Data, Acción de Tutela, Acción de Cumplimiento, Acciones Populares y de Grupo.

El Derecho de Petición: Es el derecho fundamental que tiene toda persona para presentar solicitudes respetuosas en términos comedidos ante las autoridades o ante las organizaciones privadas que cumplen funciones públicas, para obtener de éstas una pronta resolución sobre lo solicitado. La violación del Derecho de Petición por parte de las autoridades o de particulares prestadores de servicios públicos, puede conducir a que este derecho sea tutelado.

El Derecho de Petición se encuentra consagrado en Artículo 23 de la Constitución Nacional y puede ejercerse por interés general o particular, petición de informaciones y formulación de consultas.

Solicitud de Petición de Información: Petición que se hace a las autoridades para que éstas den a conocer cómo han actuado en un caso concreto, entreguen información general sobre la entidad, expidan copias y/o permitan el examen de la

documentación que reposa en la entidad, en un término no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación para su respuesta.

Peticiones de Interés Particular o general: cuando se hace llegar a las autoridades una solicitud sobre una materia sometida a actuación administrativa, con el fin que se tomen las medidas pertinentes, sean éstas de carácter individual o colectivo. El término de respuesta corresponde a quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de radicación.

Consultas: Petición que se presenta a las autoridades para que manifiesten su parecer sobre materias relacionadas con sus atribuciones y competencias. Deben ser resueltas dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de radicación.

Quejas: Es la manifestación que se realiza ante las autoridades, sobre las conductas irregulares de servidores públicos o particulares que ejerzan funciones públicas, administren bienes del Estado o presten servicios públicos. Deben ser resueltas dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.

Reclamos: Cuando se anuncia a las autoridades, la suspensión injustificada o la prestación deficiente de un servicio público. Deben resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.

Manifestaciones: Es la opinión del peticionario que se hace llegar a las autoridades sobre una materia sometida a actuación administrativa. Deben contestarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación. Los anteriores plazos son los máximos, pues todo servidor público debe actuar frente a las peticiones con celeridad, eficacia e imparcialidad. Los términos procesales se observarán con diligencia y el incumplimiento será sancionado. Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia y Artículo 55 de la Ley 190 de 1995.

Habeas Corpus: Es un mecanismo para la protección del derecho a la libertad individual, procede cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando se prolongue ilícitamente la privación de la libertad. El término para su resolución es de treinta y seis (36) horas.

Habeas Data: Es el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Acción de Tutela: Procede para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados ya sea por autoridad pública o particular. No procede cuando existan otros medios de

defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Acción de Cumplimiento: Es un mecanismo mediante el cual toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

Acción Popular: Es un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos e intereses colectivos, para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio, y de ser posible, restituir las cosas a su estado anterior.

Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia:

Acción de Grupo: Mecanismo cercano a las acciones populares, pero se diferencia en cuanto a que están instituidas para proteger a mínimo veinte personas, que han sido afectadas por la misma causa. Tiene carácter indemnizatorio, es decir, que con ella se puede conseguir el pago de una suma de dinero para reparar los daños ocasionados.

En relación al tema que nos concierne y una vez analizado anteriormente cada mecanismo de protección que resulta dominante en este estudio que hace referencia a la protección de los derechos fundamentales, en Colombia, la acción de tutela es la herramienta que resulta ser la más eficaz en cuanto a lo que respecta la celeridad que requiere la persona para que le sean amparado el derecho fundamental vulnerado.

Todas las personas que son víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales tienen protección especial. Colombia, a través de la Constitución, ha desarrollado herramientas para la protección a todas las personas que han sido víctimas de violación y vulneración de su dignidad humana y demás derechos fundamentales, todas las personas sin discriminación alguna sin importar su raza, sexo, ideología, religión, estatus social, ideología política tienen el acceso y protección de sus derechos.

Todas las personas tienen el derecho de poder acceder a la justicia con el fin de proteger los derechos que le han sido vulnerados. El juez de tutela tiene el deber de implementar todas las medidas necesarias para que las personas puedan disfrutar efectivamente de sus derechos, es decir, que debe buscar una justicia material y ser garante a que su procedimiento se le brinden todas las garantías constitucionales. En relación a esto se trae a consideración lo estipulado en la Sentencia T-291/16 de la Corte Constitucional de Colombia que estipula:

En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que

debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios. Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales. En otros términos, el juez de tutela debe trasladar la carga de la prueba a la persona (natural o jurídica) que presuntamente ejerce el trato diferencial, pues ésta cuenta con todos los medios suficientes para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio, lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta" (p.1)

7. DISCUSIÓN

Como se ha venido planteando, Colombia es un Estado que de acuerdo a su marco constitucional y legal se centra en el respeto a la dignidad humana, pero históricamente ha vivido en medio de un conflicto armado y a pesar de tener mecanismos y herramientas de protección de los derechos fundamentales motivados en el respeto a la dignidad humana, muchos sectores del país no gozan del privilegio de estos a causa de vivir en medio de la guerra.

La historia en Colombia durante los últimos sesenta años está marcada por el conflicto armado dentro del cual los grupos al margen de la ley (guerrillas) han justificado sus actos violentos como ese fin de poder transformar a la sociedad, pero este es un fin que perdió su objetividad, porque si bien es cierto los diferentes grupos guerrilleros que se conformaron fue en razón de protestas u oposición al Estado, ante la desigualdad que se venía presentando, pero actualmente esta ideología perdió su rumbo ya que solo se dedican hacer actos violentos y propiciar escenarios de guerras, donde se llevan por delante a quien les atraviese sin importar quienes sean.

El conflicto armado interno en Colombia con el transcurrir de los años ha tomado mucha fuerza con la incursión del narcotráfico, la presencia de nuevos actores

políticos, narcoterrorismos, bandas delincuenciales que día con día se apoderaron de territorios y son los jefes de esas localidades; Es ahí cuando notamos la ausencia de ese Estado protector que muy a pesar de saber que las personas de esos territorios se encuentran sometidas a esos grupos delincuenciales la acción de este es casi nula, razón por la cual las personas se ven en esa situación de vulnerabilidad y atropello hacia su dignidad humana y en conexidad al detrimento de sus derechos y que todo ese actuar del Estado muy a pesar de tener contemplado en la legislación el respecto a la dignidad de las personas, esta para muchos ya no existe, muchos colombianos ya perdieron la fe y otros por la ley de supervivencia les toca adherirse a lo que ordenen las guerrillas presentes en sus territorios y/o narcotraficantes.

El eje de discusión de este trabajo, se centra en que El Estado colombiano "en papel" cuenta con todas las herramientas para la protección de la dignidad, integridad y derechos de las personas víctimas del conflicto armado interno, pero al momento de materializar todas estas herramientas nos damos cuenta que se quedan cortas y no cumplen su objetivo, la ausencia del estado es tan grande que por más políticas públicas que se han implementado no existe explicación del porque después de tantos años muchos territorios llamados zonas rojas siguen en la mismas condiciones.

Colombia dio un paso para la finalización de un conflicto armado interno con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-, mediante el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016. En este acuerdo, además de finalizar un conflicto armado de más de 50 años, enfatiza la importancia de proteger los derechos humanos, especialmente, en las zonas rurales más apartadas del país y donde la población civil - en particular, sectores pobres y marginados- ha sido la más afectada por el conflicto (GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA, 2016).

En 2011, antes del inicio de las negociaciones para el acuerdo para la paz, el gobierno reconoció la existencia del conflicto armado interno, se expidió la ley 1448 (ley de víctimas y restitución de tierras) y se logró el acuerdo de paz con las FARC, a partir del cual al Estado le corresponde trazar su política de seguridad y defensa, de manera que se instituya un marco legal en el que la fuerza pública pueda actuar de acuerdo con sus funciones institucionales consagradas en la Constitución Política de 1991, pero hoy en día las personas víctimas de todo ese conflicto se encuentran descontentas y decepcionadas debido a que ese acuerdo de paz presenta muchos

vacíos normativos y no cumplen con la finalidad de verdad, reparación y justicia y es ahí cuando también su dignidad humana ha sido nuevamente pisoteada.

Colombia necesita adoptar leyes que se ajusten a la realidad social por las que atraviesa el país y así mismo debe propender el respeto a la dignidad humana de manera eficiente y eficaz, las diferentes instituciones estatales deben trabajar más de la mano con las víctimas de este conflicto que año tras año producen sinsabores y sobre todo, se debe dejar de un lado lo que más ha perjudicado al país que es la corrupción y que está actualmente se ha visto reflejada en esos acuerdos donde las víctimas se re victimizan nuevamente por el estado por no brindarles las garantías necesarias para la reparación integral que estas merecen.

CONCLUSIONES

• La dignidad humana consiste en reconocer el valor que tiene una persona y que es inherente a ella por el hecho de ser persona.

• La dignidad humana implica el respeto que se le debe a todas las personas habidas y por haber por su condición de seres humanos.

• La dignidad humana se pierde por actos crueles que atente de manera hostil y fraudulenta contra las personas.

• Los conceptos de dignidad humana van más allá de los conceptos ligados a derechos humanos, pues hablar de dignidad humana es hablar de una serie de elementos sociales, culturales y económicos que inciden en el desarrollo de la dignidad humana de las personas.

• La dignidad humana como valor supremo incide en significativamente en la Constitución Política de Colombia de 1991 como fuente de derecho en el estado social.

• La dignidad humana debe ser un derecho que se debe aplicar constantemente y permanentemente en el desarrollo de las diferentes políticas públicas de Colombia con el fin de que las personas que viven el conflicto armado interno tengan siempre las garantías al disfrute de sus derechos sin ninguna limitación.

• El Estado colombiano a través de la constitución de 1991, propende fortalecer sus derechos fundamentales con el fin de mantener a sus ciudadanos un nivel de vida esencial, pero necesita mayor fortalecimiento en sus instituciones.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

• Colombia como Estado social de derecho es garante para que la dignidad humana como principio fundante se materialice en hechos concretos que vayan acorde a la realidad social, económica, cultural y política del país.

• La dignidad humana es un derecho que debe prevalecer y aplicarse a todas esas personas que son víctimas del conflicto armado interno el Estado como garante de esto debe fortalecer su presencia y acompañamiento a estas zonas llamadas rojas.

• Todos los colombianos tienen derecho al respeto a la dignidad humana, el Estado está obligado a cumplir ese principio y derecho constitucional, promoviendo y haciendo efectivo todos los derechos a través de la implementación de políticas públicas eficientes.

• La dignidad humana supone el fundamento esencial y vital de los derechos humanos.

• La dignidad humana como un rasgo autónomo personal debe ser protegido y respaldado por todas las garantías legales y jurídicas en potestad de un Estado Social de Derecho.

• La dignidad humana supone la base fundamental de los Derechos Fundamentales del Hombre como valor fundador de los derechos.

• La dignidad relaciona al hombre como instrumento para sí mismo, mas no para ser instrumentalizado para servir a otro, siempre respetando su valor propio.

REFERENCIAS

ALIAGA SÁEZ, Felipe, et. Al., 2017. La Dignidad en el Retorno de las Víctimas del Conflicto Armado en Colombia. Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales, 4.

AGUIRRE, Javier y BOHÓRGUEZ, Viviana, 2009. Las tensiones de la dignidad humana: Conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/sur/a/YhkhqJnwzTVzWRxSxb-74R5w/?format=pdf&lang=es>

APARISI, Ángela, 2013. El Principio de la Dignidad Humana como Fundamento de un Bioderecho Global. Cuadernos de Bioética XXIV, 201- 221. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). Constitución Política de 1991. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php-?i=4125>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1972). Ley 16 de 1972. Obtenido de Acnur: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6481.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL (2002). Sentencia T-881 de 2002. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2000). Ley 599 de 2000. Obtenido de Secretaria Senado: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html>

CORTE CONSTITUCIONAL (1994). Sentencia C-221 de 1994. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL (1997). Sentencia C-239 de 1997. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL (2002). Sentencia T-881 de 2002. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL (2006). Sentencia C-355 de 2006. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. (2016). Sentencia T-291 de 2016. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm-#:~:text=Entendido%20como%20derecho%20fundamental%20aut%C3%B3nomo,acorde%20con%20su%20condici%C3%B3n%20humana>.

CORTE CONSTITUCIONAL (2016). Sentencia T-291 de 2016. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291- 16.htm-#:~:text=Entendido%20como%20derecho%20fundamental%20aut%C3%B3nomo,acorde%20con%20su%20condici%C3%B3n%20humana>.

CORTE CONSTITUCIONAL, 2021. Sentencia C-337 de 2021. Obtenido de Función Pública: <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=193883>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2022). Ficha Técnica: Masacre de Mapiripán Vs. Colombia: <https://www.corteidh.or.cr/CF/-jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=252>

DELGADO ROJAS, Jesús, 2018. Dignidad humana. Human dignity. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4347>

GARCÍA, Aristeo, s.f. La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. Ius Unla

INSIGNARES CERA, Silvana y MOLINARES HASSAN, Viridiana, 2011. La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. Dialnet. ISSN 2145-9355. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972011000200009&script=sci_arttext#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20de,de%20car%C3%A1cter%20fundamental>

MARTÍNEZ, Víctor, 2013. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, pp 39-67

MIRANDA GONCALVES, Rubén, 2020. “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, Justiça do Direito, v. 34, n. 2, pp. 148-174.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. 2023. Derechos Humanos, cultura e identidade: um estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil. Tirant lo Blanch, Valencia.

MONROY, Alcira, 2020. Dignidad humana: una mirada desde un enfoque filosófico. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.

MONTERO, Juan, 2014. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana: Un Estudio Sobre su Evolución Conceptual. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2257/-1/LA%20DIGNIDAD%20HUMANA%20EN%20%20LA%20JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL%20COLOMBIANA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20SU%20EVOLUCI%C3%93N%20CONCEPTUAL.pdf>

NUSSBAUM, Martha, 2017. La noción de la dignidad humana en la corte constitucional colombiana.

RODRÍGUEZ, Carolina, 2011. ¿Conflicto armado interno en Colombia? más allá de la guerra de las palabras. En línea. Magistro, vol. 4, p. 111. ISSN 2500-543X. Disponible en: <https://doi.org/10.15332/s2011-8643.2010.0007.07>

ROMÁN, V. B. (2009). Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. Revista Internacional de Derechos Humanos

ZABALA, Julio, 2018. Derechos Humanos y Dignidad Humana. Dialnet [En línea] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7049419>.

PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DIALÓGICO SOBRE OS CONTEXTOS DE PROMULGAÇÃO E AS DISPOSIÇÕES PREAMBULARES DAS CONSTITUIÇÕES DA ITÁLIA, ALEMANHA, EQUADOR E BOLÍVIA

CONSTITUTIONAL PREAMBLES: A DIALOGICAL STUDY OF THE ENACTMENT CONTEXTS AND PREAMBULAR PROVISIONS OF THE CONSTITUTIONS OF ITALY, GERMANY, ECUADOR AND BOLIVIA

Marco Aurélio Rubick da Silva[1]

Milena Petters Melo[2]

Resumo: O artigo aborda os preâmbulos constitucionais das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, evidenciando o contexto de sua promulgação e as funções atribuídas a essa parte dos textos constitucionais. O objetivo principal da pesquisa é demonstrar a importância e a função do preâmbulo como elemento interpretativo e simbólico, refletindo os valores e os contextos específicos em que as Constituições foram elaboradas e promulgadas. O problema de pesquisa reside na análise do papel e da normatividade do preâmbulo constitucional, frequentemente subestimado em discussões jurídicas, especialmente no Brasil, e como ele varia em função dos diferentes contextos históricos e culturais. A pesquisa utiliza uma metodologia dialógica, que combina análise textual e contextual das Constituições selecionadas, destacando as similitudes e diferenças entre os modelos constitucionais europeus da Itália e Alemanha e as Constituições do Equador e da Bolívia, que se convencionou a chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Palavras-Chave: Preâmbulo Constitucional. Constituição. Constitucionalismo Democrático. Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Abstract: The article examines the constitutional preambles of the Constitutions of Italy, Germany, Ecuador, and Bolivia, highlighting the context of their enactment and the roles assigned to this part of the constitutional texts. The main objective of the research is to demonstrate the importance and function of the preamble as an interpretative and symbolic element, reflecting the values and specific contexts in which the Constitutions were drafted and enacted. The research problem lies in analyzing the role and normativity of the constitutional preamble, often underestimated in legal discussions, especially in Brazil, and how it varies according to different historical and cultural contexts. The research employs a dialogical methodology, combining textual and contextual analysis of the selected Constitutions, emphasizing

[1] Promotor de Justiça. Mestrando em Ciência Jurídica – UNIVALI. Pesquisador do Centro de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER. Pesquisador Associado à Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-Graduação em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera. Graduação em Direito – FURB. Formação Continuada em Desenvolvimento Regional pelo Programa de Educação Superior para o Desenvolvimento Regional – FURB.

[2] Professora Titular de Direito Constitucional, Universidade Regional de Blumenau – FURB. Diretora do Centro de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB, Brasil. Coordenadora para a Área Lusófona do Centro Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali – CEDEUAM, UNISALENTO, Itália. Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce – UNILE/UNISALENTO, Itália. Pesquisas em nível de pós-doutorado junto ao Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee – CRIE, UNISOB, Itália. Email: milenapetters@furb.br.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

the similarities and differences between the European constitutional models of Italy and Germany and the Constitutions of Ecuador and Bolivia, commonly referred to as the New Latin American Constitutionalism.

Keywords: Constitutional Preamble. Constitution. Democratic Constitutionalism. New Latin American Constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

Não existem palavras inócuas na Constituição. Apesar de ser um assunto não muito estudado, sobretudo em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de o preâmbulo carecer de normatividade, é válido lembrar que toda expressão do poder constituinte originário tem seu valor, bem como sua função. O preâmbulo, de acordo com Peter Häberle na obra "El Estado Constitucional", é considerado uma "ponte in el tienpo"[3], pois suas disposições são feitas do presente para o presente, mas invocando o passado e focalizando o futuro. O preâmbulo de uma Constituição exerce diversas funções e nele podem ser encontrados vários elementos, dentre estes, os mais comumente encontrados se relacionam com o fundamento da legitimidade e objetivos do Estado e a invocação divina. O preâmbulo constitucional é um dos alicerces em que se sustenta o Estado, servindo como cânone interpretativo, esclarecendo os aspectos ideológicos, filosóficos e políticos do legislador constituinte; é a indicação, ainda, da origem da Constituição, ou seja, demonstra se foi outorgada ou promulgada e por quem o foi; e também orienta o Estado estabelecendo os valores e principais finalidades.

Torna-se válido explicitar o que se entende por Novo Constitucionalismo Latino-Americano, visto ser um tema relativamente recente e, por ter uma carga semântica densa, muitas vezes é impropriamente confundido[4]. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano pode ser compreendido como o conjunto de transformações decorrentes de lutas sociais ocorridas em alguns países da América Latina[5] com o

[3] HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. 1ª reimp. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 276.
[4] MELO, Milena Petters. Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in América Latina. In Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Torino: Giappichelli, 2012, pp. 342-354.
[5] Em "Tendências Contemporâneas [...]" o Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer costuma sintetizar a compreensão dos países que formam o Novo Constitucionalismo Latino-Americano em **três ciclos**: o primeiro ciclo é composto pelas Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991) que estabeleceram horizontes – prevalentemente no que tange à proteção ambiental (ao constitucionalizá-lo) – nos quais os demais países do 2º e 3º ciclos puderam avançar ainda mais. O segundo ciclo, por sua vez, é composto pela Constituição da Venezuela (1999), que se atentou às suas peculiaridades inovando em diversos aspectos (destaque para a democracia participativa). O terceiro ciclo do Novo Constitucionalismo Latino- Americano é considerado a essência dele e é composto pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). A definição dos países que compõem esse Novo

intuito de refundar os respectivos Estados, afastando o modelo Europeu e focando em próprias realidades históricas, geográficas, políticas, econômicas e culturais desses países, redescobrindo os saberes ancestrais e se comprometendo com o processo de descolonização para formar uma sociedade que, fundada no regime de bem viver, seja plurinacional, multiétnica, intercultural e efetivamente democrática[6].

Esse Novo Constitucionalismo Latino-Americano não pode ser confundido com o neoconstitucionalismo (naquela perspectiva proposta por Luís Roberto Barroso), pois essa categoria passa a impressão de uma ideia estanque, concretizada, imutável acerca das transformações ocorridas no constitucionalismo, abarcando, em três marcos fundamentais (o histórico, o filosófico e o teórico, este subdividido na expansão da jurisdição constitucional, aperfeiçoando o controle da Constituição; na nova interpretação constitucional; e na força normativa da Constituição) as transformações ocorridas no constitucionalismo após a chamada redemocratização e, em razão da imensa atenção dada à Europa – tomando-a como paradigma para as análises relacionadas ao Brasil – esqueceu-se de dar a devida atenção às transformações ocorridas na própria América Latina, que não se constituem apenas de inovações de um cenário constitucional periférico, mas sim, ao menos no plano teórico, de patrimônio do constitucionalismo mundial[7].

O Constitucionalismo Moderno (liberal) tem surgimento – pelo menos formalmente – no final do século XVIII, com as revoluções norte-americana (1776) e francesa (1799). Dentre suas características principais é possível mencionar a forma escrita das Constituições, o sistema de liberdades e a separação de funções.

Nessa perspectiva, de acordo com Luís Roberto Barroso[8], a revolução norte-americana ensejou a emancipação das colônias inglesas e a declaração de

Constitucionalismo Latino-Americano pode ser feita de diferentes âmbitos de análise, e, dependendo do âmbito, diferentes países o integrarão; por exemplo, se o âmbito de análise for a inovação na Democracia, é bem possível que todos os três ciclos sejam considerados o Novo Constitucionalismo Latino-Americano; contudo, em razão de o terceiro ciclo trazer o objetivo de refundação do Estado, bem como uma extensa gama de inovações decorrentes das peculiaridades da América Latina, as Constituições correspondentes se caracterizam como a essência, o núcleo do Novo Constitucionalismo, e por isso serão as analisadas nesta pesquisa.

[6] MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In MELO, Milena Petters e WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 59-87.

[7] MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latino-americano. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol.18, n° 1 (Jan/Abril, 2013) Itajaí, Ed.: UNIVALI, pp. 74-84. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/-seer/index.php/nej/article/view/4485>. Acesso em 21/07/2024.

[8] BARROSO, Luís Roberto. A História das Constituições. Publicado no Estado de São Paulo em 08/07/2007. Acesso em: 21/07/2024

independência, estabelecida posteriormente na Constituição de 1787 – considerada a primeira Constituição escrita e solenemente ratificada. A revolução francesa, por sua vez, deu um caráter universal ao termo revolução, significando "um novo curso para a história" e convertendo um Estado absolutista em liberal, tornando o povo o agente responsável pela sua própria história; não ainda como protagonista, mas como um elemento indispensável do processo político.

Após a Segunda Guerra Mundial, o surgimento de algumas importantes características na teoria constitucional permitiu que se falasse, para possibilitar uma distinção teórica, no Constitucionalismo Democrático do Pós-Guerra. Sobretudo na Alemanha e na Itália, a reconstrução da Europa após a segunda grande guerra redefiniu o lugar da Constituição – tornando-a não mais secundária e com a função de declarar os tradicionais direitos individuais, mas sim, superior às outras normas e detentora de força normativa – e a sua influência nas instituições contemporâneas.

Essas duas Constituições são referências quando se fala em constitucionalismo democrático na Europa do pós-guerra, pois aproximaram a ideia de constitucionalismo com a ideia de democracia, até porque, em ambos os países se passou do regime ditatorial para um regime democrático. As Constituições da Itália (1947) e da Alemanha (1949) vieram justamente para reafirmar isso.

Dalmo de Abreu Dallari[9] destaca que houve uma reformulação dos sistemas jurídicos, mirando a afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana em leis superiores, dotadas de plena e máxima eficácia jurídica, sem as exclusões e discriminações de outrora.

Há nítida preocupação com a difusão dos direitos humanos a partir do constitucionalismo do pós-guerra[10]. Enquanto no Constitucionalismo Democrático-liberal se afirmara esses direitos como fundamentais das pessoas em âmbito nacional (não obstante a sua vocação universal), no Constitucionalismo do pós-guerra houve uma projeção em nível internacional dos seus princípios fundamentais. Isso se deu prevalentemente em consequência do término da guerra, em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no mesmo ano do término da segunda grande guerra, e com a declaração universal dos direitos humanos, em 1948.

[9] DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.
[10] A propósito e para aprofundamentos, consultar: MELO, Milena Petters. Direitos humanos e cidadania. In LUNARDI, Giovani e SECCO, Márcio (org.) A fundamentação filosófica direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010, pp-175-217.

Nessa perspectiva, com os processos de constitucionalização e expansão dos direitos humanos e, posteriormente, com a internacionalização do Direito Constitucional, bem como a identificação de princípios que se estendem não só a um ou outro Estado, mas à humanidade como um todo, surge a noção do se chama de Patrimônio Comum do Constitucionalismo Democrático[11].

Essas características e princípios foram difundidos e incorporados por diversos Estados que vieram a passar tardiamente pelos processos de redemocratização. A fim de sedimentar o entendimento acerca do Patrimônio Comum do Constitucionalismo Democrático basta que se compreenda que o Constitucionalismo Democrático é um só, dividido inicialmente em duas fases (o do final do século XVIII e o pós-segunda guerra)[12]. A maioria dos conceitos relativos à teoria constitucional surgiu na primeira fase do Constitucionalismo Democrático (liberal), mas, por força de suas evoluções aquisitivas, foram paulatinamente integrados à ideia de um Patrimônio Comum do Constitucionalismo Democrático, enriquecendo-se através das diferentes experiências constitucionais, especialmente com as inovações trazidas pelo Estado Social e Democrático de Direito na Europa da segunda metade do século passado.

É importante salientar que é no âmbito do Constitucionalismo Democrático do pós-guerra que se faz referência à Época de Ouro do Constitucionalismo Europeu, que se inicia por volta de 1950, estendendo-se até meados de 1970. A partir de 1980 outras propostas políticas começam a reformular o modelo de Estado e é aí que se inicia a chamada Crise do Constitucionalismo Democrático.

Carlo Amirante sintetiza a crise do Constitucionalismo Democrático afirmando que a junção de diversos fatores – que decorrem da globalização e da hegemonia decorrente do sistema econômico (hegemonia política, econômica e cultural) – acaba por marcar a passagem da forma de Estado para uma “forma de mercado”. Em verdade, o jurista italiano destaca que por Estado (social e democrático de direito) se entende a formação institucional e econômico-social consolidada no segundo pós-guerra, cujo denominador comum era a pretensão dos cidadãos de receber das instituições respostas positivas e eficazes a diversas demandas de cunho social, econômico e cultural. O referido autor salienta que não se pode negar que tal modelo

[11] MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano, op. cit., p. 78.
[12] Poder-se-ia falar, ainda, de uma fase intermediária, relativa ao constitucionalismo social do início do século XX, destacando-se, assim, o constitucionalismo liberal, o constitucionalismo social da primeira metade do século passado e o constitucionalismo do Estado Social e Democrático de Direito.

está vivendo uma crise radical, cedendo espaço para um novo modelo de Estado, que passa a responder positivamente não à população, mas às exigências, métodos e objetivos de mercado[13].

Depois de esclarecidas algumas categorias operacionais, bem como contextualizado (de forma geral) e definidos os âmbitos de análise, passar-se-á ao estudo efetivo do preâmbulo constitucional. Em seguida, estudar-se-á a contextualização (de forma específica) da promulgação das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, bem como os seus preâmbulos.

Assim, à luz dessas premissas e das crises mencionadas, considerando o Direito Constitucional como uma ciência de textos e contextos, para se analisar adequadamente a gênese das Constituições indicadas, trabalhar-se-á tanto com os textos constitucionais quanto com o contexto em que as Constituições foram promulgadas.

Nessa ótica, objetiva-se, sob o enfoque da metodologia dialógica, analisar as similitudes e distinções acerca do preâmbulo das quatro Constituições mencionadas, atentando-se ao contexto em que elas foram promulgadas, a fim de destacar a importância dada a ele pelo modelo constitucional Europeu, representado pelas Constituições da Itália e da Alemanha, bem como pelo modelo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano representado pelas Constituições do Equador e da Bolívia[14].

2. O PREÂMBULO CONSTITUCIONAL NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Não são vazias as discussões sobre o preâmbulo constitucional. Atualmente esse importante elemento formulado pelo legislador constituinte originário e situado na parte preliminar dos textos constitucionais não é estudado como deveria. No Brasil, por exemplo, o estudo do preâmbulo da Constituição da República de 1988 se tornou parco após a manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de o preâmbulo carecer de normatividade. Cumpre, portanto, destacar alguns pontos essenciais relativos ao preâmbulo na esfera da teoria constitucional para que posteriormente seja

[13] AMIRANTE, Carlo. Dalla Forma Stato alla forma Mercato.Torino: Giappiachelli, 2008 (trad. Milena Petters Melo, no prelo, p. 12).
[14] PASOLD, César. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Conceito, 2018.

possível enfrentar o assunto na esfera da dogmática constitucional, especificamente na ordem constitucional da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia.

No âmbito da teoria constitucional o preâmbulo é o instituto que compõe a parte preliminar das Constituições e é o responsável por destacar a origem, a ideologia, os valores e princípios prevalentes, a legitimidade e os objetivos da Constituição, tudo isso como um reflexo do contexto em que ela é promulgada ou outorgada, bem como dos membros que compõem o poder constituinte originário.

Segundo Alexandre de Moraes[15], o preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como um documento de intenções do diploma, consistente em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto, bem como uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento de um novo Estado. O Preâmbulo é um breve prólogo da Constituição e possui como principais finalidades a explicitação do fundamento de legitimidade da Constituição e das grandes finalidades a serem perquiridas por ela.

Uma Constituição ao ser elaborada por uma assembleia constituinte – que detém o poder constituinte originário – marca efetivamente a ruptura com a ordem constitucional anterior e, ao ser promulgada, inaugura um novo Estado. Essa assembleia constituinte vai refletir na Constituição suas influências decorrentes de fatores históricos, econômicos, políticos e culturais vigentes à época da elaboração, bem como o fator ideológico predominante na assembleia. A influência desses fatores é suficientemente clara ao se estudar o preâmbulo conjuntamente com o estudo do contexto de edição de determinada Constituição.

Daí a importância de se estudar o preâmbulo. É nele que serão destacados os principais elementos para o funcionamento do novo Estado. Sabe-se que a assembleia constituinte detém o poder constituinte originário, que é inicial, incondicionado e ilimitado. Ora, diante dessas características se entende que a assembleia tem o poder de inaugurar uma nova ordem jurídica, não se condicionando a nenhuma regra jurídica pré-existente e não encontrando limites para a sua atuação; há liberdade para escolher os valores para a nova Constituição, e esses valores são identificados no preâmbulo[16].

[15] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2ª ed. São Paulo: 2003, p. 119.
[16] FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53-54.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Esse elemento essencial da Constituição, definido por Peter Häberle como a "Constituição da Constituição"[17], também é definido por ele, na obra "*El Estado Constitucional*", como uma ponte do tempo:

> Los elementos constructivos regulares de los preâmbulos son expresiones de la dimensión temporal: por um lado, en el rechazo de um pasado determinado o en la vuelta o el "recuerdo" (por ejemplo, preámbulo de la Constitución de Irlanda) a determinadas tradiciones y períodos (referencia histórica, por ejemplo, Turquía: "en el curso de su historia": Baviera: "historia más que milenária"; Constitución de Bremen de 1947: "centenária Ciudad Libre Hanseática de Bremen"); pretenden invocar y elaborar el pasado de manera negativa (polémica) o positiva. Además, los preâmbulos se pueden referir al presente, ocasionalmente en la orientación de deseos, por ejemplo Berlín: "Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida", lo que hoy se ha vuelto realidad. Por último, pueden referirse al presente y al futuro como tales, o incluso querer "ganar" el futuro.[18]

O preâmbulo revela os fundamentos filosóficos, políticos, ideológicos, sociais, culturais, e econômicos da nova Constituição, considerados no âmbito em que ela foi criada. E daí decorre uma importante função do preâmbulo: é um vetor interpretativo e integrativo do restante do texto constitucional.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos[19], o preâmbulo não é um conjunto de preceitos, mas sim um conjunto de princípios úteis para a compreensão da filosofia do constituinte, da diretriz básica utilizada para expressar o caráter ideológico que embasa toda a Constituição. O preâmbulo desempenha a função de princípio orientador na captação do significado profundo do conteúdo das expressões e terminologias constantes das disposições constitucionais.

Além de ser um vetor interpretativo e integrativo, o preâmbulo reflete a sua origem, justificativa e legitimidade, pois é importante que se esclareça de onde emana a Constituição, se ela é promulgada ou outorgada ou resultado da vontade do povo ou não. Normalmente nas constituições contemporâneas se traduz a ideia de que é feita pelo povo para o povo, mediante representantes reunidos em uma assembleia constituinte, marcando a ruptura com o Estado e ordenamento constitucional anterior.

Ademais, estabelece o preâmbulo os principais objetivos a serem alcançados pelo Estado, tornando-os verdadeiramente a finalidade de um determinado país. No

[17] HÄBERLE, Peter apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.28.
[18] HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. 1ª reimp. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 276.
[19] BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

caso do Brasil, percebe-se que o preâmbulo destaca as finalidades de assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, considerados valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Outra função do preâmbulo é a invocação divina, que destaca uma sociedade teísta, ou seja, uma sociedade que acredita em Deus. Não se confunde o teísmo com qualquer religião, pois não se trata de um sistema de ritos, costumes atinentes à determinada comunidade religiosa, mas tão somente a manifestação de que se permite e aceita todas as religiões. A referência que se faz é a da liberdade de crença. O Deus a que se faz referência nas constituições democráticas é um Deus ecumênico, não descaracterizando, dessa maneira, a laicidade do Estado.

São três as principais teorias existentes que giram em torno da normatividade dos preâmbulos constitucionais. A primeira teoria é a da irrelevância jurídica, que reflete o entendimento de que o preâmbulo se situa na esfera da política e não na esfera do direito. A segunda teoria é a da eficácia idêntica (ou plena eficácia), a qual confere ao preâmbulo a mesma normatividade de qualquer outro dispositivo da Constituição. Tal teoria é a adotada pelo Conselho Constitucional Francês. A terceira teoria, por sua vez, é a teoria da relevância jurídica indireta, a qual afirma que o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas não deve ser confundido com as demais normas dela[20].

No caso do Brasil, O Supremo Tribunal Federal analisou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI nº 2.076/AC) ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) em face da Assembleia Legislativa do Acre, pois no preâmbulo da Constituição do Estado não havia a referência “sob a proteção de Deus”, não reproduzindo o mesmo teor do preâmbulo da Constituição da República.

No julgamento, a Corte Constitucional decidiu que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não possuía força normativa, não se situando na esfera do Direito, mas tão somente na esfera da política, para demonstrar a ideologia do legislador constituinte, sendo a expressão “sob a proteção de Deus”, portanto, de reprodução facultativa nas Constituições dos Estados.

[20] FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 198.

3. OS PREÂMBULOS DAS CONSTITUIÇÕES DA ITÁLIA E DA ALEMANHA COMO UMA NOVA ARTICULAÇÃO DEMOCRÁTICA PARA O EUROPA DO PÓS-GUERRA

O preâmbulo das Constituições da Itália, de 1947, e da Alemanha, de 1949, conforme se passará a analisar, trouxe consigo alguns elementos que se justificam em razão da distinta época em que foram, essas Constituições, promulgadas, porquanto os valores e as preocupações expressadas pelos respectivos Poderes Constituintes Originários, prevalentemente o da Alemanha, objetivaram fomentar a reconstrução de seus países, o espírito de solidariedade e de harmonia.

No caso da Itália, logo após a Primeira Guerra Mundial ocorreu a ascensão do Partido Nacional Fascista, de Benito Mussolini. Quando chegou ao poder, mediante um golpe de Estado, em 1922, Benito Mussolini proibiu a existência de outros partidos políticos e restringiu liberdades pessoais, começando a ditadura no ainda Reino da Itália.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e consequentemente com o devastamento do Reino da Itália, houve a queda do governo fascista[21] de Mussolini e, cientes de que próprio povo era um ator capaz de alterar o curso da história da Itália e impedir que se repetisse a experiência negativa do despotismo vivido, no dia 02 de junho de 1946 o povo foi convocado para tomar duas importantes decisões: primeiro os cidadãos foram chamados a um referendo para definir se o Reino da Itália permaneceria uma monarquia ou se seria uma república, tendo esta última obtido 54% dos votos; logo depois os italianos e as italianas[22] foram chamados para eleger os membros de uma assembleia constituinte para criar a Constituição da República Italiana.

Em decorrência disso, em 22 de dezembro de 1947 foi aprovada a Constituição da República Italiana, considerada o alicerce da democracia social na Itália, sendo ela promulgada em 27 de dezembro do mesmo ano. Com o advento da nova Constituição republicana, a Itália, que há dois anos havia saído de um regime totalitário promovido pelo partido fascista, e de uma devastadora guerra, dava-se uma das Cartas

[21] A palavra fascismo com o tempo foi associada a qualquer sistema de governo que, de maneira semelhante ao de Benito Mussolini, exalta o gênero masculino e usa modernas técnicas de propaganda e censura, fazendo uma severa arregimentação econômica, social e cultural, sustentando-se no nacionalismo e em alguns casos até na xenofobia, privilegiando os nascidos no próprio país, apresentando uma certa apatia ou indiferença para com os imigrantes.
[22] Pela primeira vez na história italiana as mulheres puderam participar da votação.

Constitucionais mais avançadas do mundo, marcando a ruptura com qualquer princípio autoritarista.

Nesse âmbito a Constituição da República Italiana, para justificar, legitimar, identificar objetivos e posições ideológicas, trouxe um preâmbulo peculiar:

> O chefe de Estado interino[23]
> Dada a decisão da Assembleia Constituinte, que na reunião de 22 de Dezembro de 1947, aprovou a Constituição da República Italiana;
> A disposição final XVIII da Constituição[24];
> Promulga-se:
> A Constituição da República Italiana, no texto a seguir:

Indo ao encontro do que fora exposto no tópico anterior, são encontrados nos preâmbulos constitucionais alguns elementos comuns, mas dois específicos não são encontrados. O preâmbulo da Constituição italiana traz a origem e legitimidade da Carta Constitucional, mas não trouxe a invocação divina, nem os princípios ou valores caracterizados como objetivos da República Italiana.

Dessa forma, considerando o preâmbulo demasiadamente sintético da Constituição Italiana, percebe-se que o contexto de promulgação da Constituição ensejou apenas a indicação da origem e legitimidade da Constituição, sendo que os valores e objetivos prevalentes do Estado foram incorporados, efetivamente, nos doze artigos concernentes aos princípios fundamentais. Portanto, faz-se imprescindível a análise desses dispositivos, bem como a consciência de que entre o preâmbulo e os princípios fundamentais há um relevante entrelaçamento.

São doze os artigos que integram os princípios fundamentais (cujos valores compõem o preâmbulo) e para realizar a análise destes dispositivos, bem como de outros decorrentes do restante do texto da Constituição que visam a reafirmá-los, indicar-se-á os valores correspondentes com a respectiva indicação do artigo.

Inaugurado os valores principais da República Italiana o artigo 1ºestabelece que a Itália é uma República Democrática baseada no trabalho e cuja soberania

[23] A Assembleia Nacional Constituinte elegeu, em 28 de junho de 1946, Enrico de Nicola como chefe de Estado provisório.
[24] Disposição final XVIII da Constituição: A presente Constituição é promulgada pelo chefe provisório do Estado no prazo de cinco dias desde a sua aprovação por parte da Assembleia Constituinte, e entra em vigor no dia 1º de janeiro de 1948. O texto da Constituição é depositado na sala municipal de cada um dos Municípios da República para aí permanecer exposto, durante todo o ano de 1948, para que os cidadãos possam tomar conhecimento. A Constituição, munida do sigilo do Estado, será inserida na Recolha oficial das leis e decretos da república. A Constituição deverá ser fielmente respeitada como lei fundamental da República por todos os cidadãos e órgãos do Estado.

pertence ao povo[25]. O valor fundamental ao trabalho é reafirmado no artigo 4º, no qual se reconhece – pela República Italiana - aos cidadãos o direito de trabalhar, bem como a liberdade de escolher uma atividade laboral de acordo com as suas próprias possibilidades e que contribua para o progresso da sociedade[26].

Um destaque especial é dado ao trabalho pela Constituição Italiana, fazendo a sua tutela e incentivo evidentemente pertencer aos fins do Estado. Isso decorre não só em razão de o artigo inaugural destacar o valor fundamental ao trabalho, mas também por estar refletido em diversos títulos da Constituição, em especial no relativo às relações econômicas (*Rapporti Economici*), que entre o artigo 35 e 47 regulam diversas situações atinentes ao trabalho, como, por exemplo, a liberdade e proteção ao trabalho, mesmo no exterior; à proporcionalidade da remuneração em relação à atividade laboral, bem como os direitos constitucionais do trabalhador; a igualdade e o direito das mulheres e a tutela do trabalho dos menores; as garantias em caso de desemprego involuntário; dentre outros direitos e garantias inerentes ao trabalhador.

A República Italiana também tem o dever de garantir os direitos invioláveis das pessoas, tanto individuais quanto coletivos (artigo 2º)[27] e afirma que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei, bem como o dever de a República remover obstáculos que limitem as liberdades e igualdade dos cidadãos (artigo 3º)[28].

Outros valores fundamentais que a República Italiana vem a destacar são encontrados no artigo 5º, o qual reconhece a unicidade e indivisibilidade da Itália, observando-se as autonomias locais e a descentralização administrativa[29]. O artigo 6º

[25] Art. 1º: L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.
[26] Art. 4º: La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.
[27] Art. 2º: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.
[28] Art. 3º: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [29, 37, 48, 51, 117], di razza, di lingua [6], di religione [8, 19], di opinioni politiche [22], di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.
[29] Art. 5º: La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo [118]; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento [114 e segg., IX].

constitucionaliza a tutela às minorias linguísticas, de forma a proteger a cultura nas diferentes regiões italianas[30].

Outro valor que na maioria das Constituições é encontrado logo no preâmbulo, mas na situação peculiar da Itália é encontrado dentre o conjunto dos direitos fundamentais é a referência à religião. A Constituição italiana não faz efetivamente a invocação divina, cuja finalidade, conforme já salientado, é permitir e incentivar todas as concepções religiosas; no entanto, a República atende a essa finalidade ao estabelecer a laicidade do Estado (artigo 7º)[31] e a liberdade de confissão religiosa (artigo 8º),[32] do qual se extrai a liberdade de professar livremente a sua fé, qualquer que seja ela, que é expressamente reafirmada no artigo 19.

O desenvolvimento da cultura e da pesquisa, bem como a proteção do patrimônio histórico e artístico também são princípios fundamentais na República Italiana (artigo 9º)[33]; o respeito aos tratados internacionais, a concessão de asilo político e a vedação de extradição de estrangeiros por crimes políticos também o são (artigo 10)[34]. A Itália estabelece em seu artigo 11[35] outra finalidade do Estado, que é a proteção e promoção da paz, seja repudiando a guerra, seja apoiando organizações internacionais que venham a promover a pacificação entre nações. Por derradeiro, estabelece em seu artigo 12[36] o valor fundamental da identificação da República italiana, consistente no tricolor italiano (verde, branco e vermelho).

[30] Art. 6º: La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche [X].
[31] Art. 7º: Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.
[32] Art. 8º: Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge [19, 20]. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino com l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.
[33] Art. 9º: La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [33, 34]. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.
[34] Art. 10: L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici [26].
[35] Art. 11: L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.
[36] La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni.

Em síntese, o peculiar preâmbulo da República italiana abrange os princípios fundamentais, que são compreendidos como as finalidades do Estado. Dentre os vários valores destacados são ressaltados os relacionados à proteção da liberdade e igualdade, que são refletidos em diversos outros direitos, tais como a inviolabilidade de domicílio (artigo 14); a inviolabilidade pessoa[37] (artigo 13); a liberdade de locomoção, de correspondência, de reunião e de associação (artigos 16, 15, 17 e 18); dentre outros. Não obstante, também se destacam os valores fundamentais do direito, incentivo e proteção das atividades laborais e incentivo e liberdade de professar a sua fé, seja ela qual for, como também praticar todos os atos atinentes às atividades religiosas, em uma legítima manifestação da liberdade de crença promovida pela República italiana.

Por certo a Constituição italiana trouxe muito mais do que direitos e deveres. Ela trouxe, com todo o seu potencial inovador, esperanças e promessas de que, mesmo sob os reflexos da derrota na guerra e certa desestruturação política – tendo em vista derrubada e extinção do fascismo que governara por quase três décadas –, seria possível construir uma Itália forte, unida, harmoniosa e comprometida com o trabalho, com a pesquisa, a ciência e com a cultura.

A Alemanha, por sua vez, tornou-se uma República no ano de 1919 com a chamada Constituição de Weimar, que foi um marco na história do constitucionalismo democrático e exerceu grande influência em outras Constituições. Foi com esse ato que se constitucionalizou os direitos sociais (também chamados direitos de segundo nível) e econômicos.

Com a República de Weimar, instaurada logo após o fim da primeira guerra mundial, se instituiu o sistema parlamentarista democrático. Mas em razão de ter sido instituída na iminência da derrota na grande guerra, a experiência democrática na Alemanha não fora muito positiva, afirmava-se que a democracia estava envenenada, o que, dentre vários outros aspectos, ensejou em 1933 o término da República e a ascensão da era de Adolf Hitler, um dos períodos mais cruéis da história.

No contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, com a morte de Hitler e a divisão da Alemanha, os países aliados autorizaram a criação de uma Constituição para a Alemanha Ocidental. Esta, com o intuito de ser provisória e vigorar até a reunificação da Alemanha, foi chamada de Lei Fundamental da República Federal da

[37] Que se relaciona ao que no Brasil chamamos de princípio da legalidade.

Alemanha, aprovada em 08 de maio de 1949 e entrou em vigor no dia 23 de maio de 1949, encerrando o negro período vivenciado durante a ditadura nazista e iniciando um período áureo para os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Mesmo com a aprovação para vigorar até a reunificação da Alemanha, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha permaneceu em vigor mesmo após a queda do muro de Berlim (símbolo da divisão alemã e da guerra fria), haja vista ter sido ratificada em 1990 pela Alemanha Oriental (exigindo-se algumas alterações, prevalentemente no preâmbulo).

Nesse sentido, a importância do preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn se dá por vários fatores, não afirma tão somente a origem, a legitimidade, o elemento teocrático ou os valores-fim do Estado alemão. O preâmbulo (sobretudo a segunda parte) representa também a unificação e a liberdade da Alemanha. Segundo ele:

> Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens, movido pela vontade de servir à paz do mundo, como membro com igualdade de direitos de uma Europa unida, o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente Lei Fundamental.
> Os alemães nos Estados de Baden-Württemberg, Baviera, Berlim, Brandemburgo, Bremen, Hamburgo, Hessen, Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, Baixa Saxônia, Renânia do Norte- Vestfália, Renânia-Palatinado, Sarre, Saxônia, Saxônia-Anhalt, Schleswig-Holstein e Turíngia consumaram, em livre autodeterminação, a unidade e a liberdade da Alemanha. A presente Lei Fundamental é válida, assim, para todo o povo alemão.

No preâmbulo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha são encontrados os principais elementos que constituem efetivamente um preâmbulo, mas os valores provenientes do seu distinto contexto devem ser ressaltados, pois foi nesse país em que ocorram os maiores desrespeitos aos direitos humanos na história.

O preâmbulo tem o seu lugar de ser na Constituição alemã, a sua justificativa já ressalta os fundamentos ideológicos do legislador constituinte. A Alemanha, que foi parte nas duas grandes guerras mundiais, agora justifica a sua República pela vontade de servir à paz no mundo e reconhece a sua responsabilidade perante Deus e perante as pessoas. Destaca-se também que a Alemanha é um membro com igualdade de direitos de uma Europa unida. Mesmo perdendo a guerra, e mesmo à vista das práticas durante a Segunda Guerra Mundial, não pode ela ser inferiorizada perante os outros Estados europeus.

A fim de coibir violações aos direitos das pessoas e tentativas assemelhadas às vivenciadas quando Hitler estava no poder, a República alemã constitucionalizou

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

no artigo 20 alguns princípios inderrogáveis, afirmando ser um Estado social, sob a forma federativa de Estado e sob o regime democrático. Constitucionalizou ainda a fonte de todo o poder: o povo; os limites aos poderes institucionais (legislativo, executivo e judiciário) e o direito de resistência, que é atribuído a todo alemão, para exercer contra qualquer um que tente subverter a ordem.

Nessa perspectiva, é possível analisar no decorrer do texto constitucional as várias disposições que asseguram direitos fundamentais e a determinação (no artigo 79, item 3[38]) de que tais direitos não podem ser suprimidos por se tratar de cláusulas pétreas. Dentre esses direitos, incluem-se as liberdades de crença, opinião, reunião e de associação (artigos 4º, 5º, 8º e 9º, respectivamente); o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e a vinculação jurídica dos direitos fundamentais (artigo 1º) e os direitos de liberdade para o desenvolvimento pessoal, locomoção (artigos 2º e 11) e igualdade (artigo 3º).

Coube à Lei Fundamental de Bonn, igualmente, recuperar para o povo o que o terceiro Reich outrora havia usurpado. Não apenas o poder, mas todos os bens que compunham o seu patrimônio, tais como as hidrovias, rodovias e estradas federais (artigo 89, item 1 e 90, item 1), bem como todos os seus bens particulares (artigo 134, item 1).

A Constituição da República Federal Alemã também se preocupou com a recuperação da nacionalidade daqueles que precisaram fugir ou que, por motivos políticos, raciais ou religiosos, suportaram a perda de sua nacionalidade, bem como seus cônjuges e descendentes. O artigo 116[39] destacou o conceito de alemão e que a recuperação da nacionalidade seria realizada mediante requerimento.

Em interessante disposição, o preâmbulo faz menção aos dezesseis Estados que compõem a República Federal da Alemanha, afirmando que por livre determinação, consumaram a liberdade e a unidade da República alemã, trazendo

[38] Art. 79, item 3: Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

[39] Art. 116: 1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder bkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat. (2) Frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.

por desfecho a declaração de que a Constituição é válida para todo o povo alemão. Essas disposições se fazem deveras importantes em um contexto de divisão interna da Alemanha, pois mostra que tal divisão, após a ratificação da Lei Fundamental de Bonn pela Alemanha Oriental em 1990, é apenas um fato da história e que se está a consumar, efetivamente, uma Alemanha unida.

4. AS CONSTITUIÇÕES EMBLEMÁTICAS DO "NOVO" CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO: EQUADOR E DA BOLÍVIA ENTRE TEXTOS E CONTEXTOS

Já foi visto que o Direito Constitucional é uma ciência de textos e contextos, textos esses que influenciam e são, fundamentalmente, influenciados pelos contextos. Os preâmbulos das Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, refletem claramente o objetivo de refundação de seus respectivos Estados, constitucionalizando e difundindo os valores que seus povos compartilham, e não mais apenas os considerados pela classe dominante. Buscou-se, a partir da promulgação dessas Constituições, externar uma identidade e estabelecer Estados não mais pautados por uma lógica neoliberal, mas sim por uma harmonia entre o próprio Estado, o indivíduo e o meio em que se vive.

A Constituição do Equador de 2008 fez esse país compor a essência do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que é compreendido como um conjunto de transformações decorrentes de lutas sociais ocorridas em alguns países da América Latina, visando à refundação de seus Estados e indo além das influências do modelo Europeu estagnado para se preocupar com as realidades históricas, culturais, políticas e econômicas da própria América Latina. Pretende-se construir um Estado pluralista, intercultural, efetivamente democrático e que prime, resgatando os saberes ancestrais, por uma harmônica vivência entre o indivíduo, a coletividade e o meio em que se vive.

Pode-se observar as evoluções aquisitivas do constitucionalismo democrático no chamado "Novo Constitucionalismo latino-americano" em relação ao Constitucionalismo Democrático-liberal e o Constitucionalismo Democrático do segundo pós-guerra. Compreendendo-se os avanços que integraram o patrimônio comum do constitucionalismo democrático, mas também evoluindo e se atentando às próprias peculiaridades do contexto latino-americano.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Nesse contexto, a Constituição da República do Equador quebrou substancialmente paradigmas que se sustentavam há décadas no país. O contexto de promulgação da nova Constituição equatoriana reflete justamente a ruptura com o colonialismo, com a dominação interna e com a submissão externa; preocupa-se, doravante, com a efetivação de um Estado pautado em um regime (ou novo paradigma): o "bem viver".

Ainda nessa perspectiva, Antônio Carlos Wolkmer sintetiza bem o processo histórico na América Latina que acabou por culminar na elaboração de uma nova Constituição no Equador, hoje referência quando se fala em inovação na teoria constitucional:

> O processo de historicidade na América Latina tem sido caracterizado por uma trajetória construída pela dominação interna e pela submissão externa. Trata-se de um cenário montado a partir da lógica da colonização, exploração e exclusão dos múltiplos segmentos étnicos, religiosos e comunitários. Uma história de contradições e desigualdades sociais, marcada pelo autoritarismo e violência das minorias, e pela marginalidade e resistência das maiorias "ausentes da história" como movimentos indígenas, negros, campesinos e populares.[40]

Em razão disso, o modelo constitucional importado da Europa não se fazia mais satisfatório, esse modelo não permitia avanços democráticos, não respeitava os direitos das minorias, os valores culturais equatorianos, ou mesmo a natureza. Houve, portanto, a necessidade de se romper com o modelo anterior, bem como com as elites políticas e econômicas que se identificavam com o sistema constitucional de 1998 e impediam avanços benéficos aos equatorianos e equatorianas nas mais diversas áreas.

Para tanto, foi convocada uma assembleia nacional constituinte para elaborar a nova Constituição. Os trabalhos iniciaram em 30 de novembro de 2007 e finalizaram em 25 de outubro de 2008. Nesse ínterim, houve a aprovação da Constituição no dia 24 de julho de 2008. No dia seguinte a assembleia enviou o texto constitucional ao Tribunal Eleitoral para que convocasse o referendo constitucional, que ocorreu em 28 de setembro de 2008, iniciando sua vigência, portanto, no dia 20 de outubro de 2008.

A Constituição da República do Equador trouxe um preâmbulo bem diferente dos que normalmente são encontrados nas Constituições de outros países. Trouxe

[40] WOLKMER, Antonio Carlos. Contribuições históricas sobre o Direito na América Latina Luso-Hispânica In: A Latinidade da América Latina: Enfoques Histórico-Jurídicos. São Paulo: Hucitec, 2008, p. 19-30.

um preâmbulo distintamente analítico e que deixa bastante claro os valores prevalentes do Estado, bem como a base fundamental para a reconstrução do Equador:

> Nós, homens e mulheres, o povo soberano do Equador:
> Reconhecendo nossas raízes milenares, forjadas por mulheres e homens de distintos povos;
> Celebrando a própria natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para a nossa existência;
> Invocando o nome de Deus e reconhecendo as nossas diversas formas de religiosidade e espiritualidade;
> Apelando à sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade;
> Como herdeiros das lutas sociais de libertação frente a todas as formas de dominação e colonialismo;
> E com um profundo compromisso com o presente e com o futuro;
> Decidimos construir
> Uma nova forma de convivência cidadã, na diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o sumak kawsay;
> Uma sociedade que respeita, em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e as coletividades;
> Um país democrático, comprometido com a integração latino-americana – sonho de Bolívar e Alfaro -, a paz e a solidariedade com todos os povos da terra; e
> No exercício da nossa soberania, na cidade Alfaro, na província de Montecristi Manabi, nos damos a presente:
> Constituição da República do Equador

É possível observar no preâmbulo da Constituição do Equador todos os elementos que comumente são encontrados nas outras Constituições; todavia, aprofunda-os e inova de forma a realmente marcar a identidade da Constituição. A República do Equador destaca já no início do preâmbulo – ao evidenciar a origem e a legitimidade da Constituição – a igualdade de gênero fazendo referência expressa aos homens e às mulheres, característica presente em diversas disposições no decorrer do texto Constitucional. Nessa perspectiva, exalta a sua soberania e redescobre suas raízes milenares e expõe ter sido criada pelo próprio povo, o que vem a ser reafirmado pelo artigo 1º[41] da Constituição, importante dispositivo que, em uma leitura conjunta com o preâmbulo, estabelece as principais características do Estado equatoriano.

O preâmbulo da Constituição do Equador também destaca a vital importância da natureza, que no contexto de redescoberta e reconhecimento dos valores

[41] Art. 1: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de La autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de lãs formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

ancestrais é chamada de *Pacha Mama*. Em muitas ocasiões na Constituição do Equador são encontrados termos indígenas. Isso se dá em razão das próprias características do Estado, pautado pela plurinacionalidade e interculturalidade. O Equador é um país em que existem muitas tribos indígenas, diferentes dialetos e distintos aspectos culturais entre elas. Dessa forma, encontraram-se elementos comuns e peculiares, dos quais se desenvolveram aspectos culturais que foram tutelados constitucionalmente.

Reafirmando a essencialidade da natureza (*Pacha Mama*) para manutenção da vida são encontrados diversos dispositivos, tais como o artigo 10[42], que em sua última parte reconhece a natureza como um sujeito de direitos, combinado com os artigos 71[43] e 72[44], que expressam o direito que a natureza tem de restauração e respeito aos seus ciclos. Como o Estado tem o dever precípuo de promover tais direitos, fica sendo responsável subsidiário pela reparação de qualquer dano ambiental praticado. Além dos referidos dispositivos, o artigo 14[45] declara ser de interesse público a preservação do meio ambiente, dos ecossistemas, da biodiversidade e do patrimônio genético.

O preâmbulo também traz a invocação divina e destaca o reconhecimento às diversas formas de religiosidade e espiritualidade, admitindo e incentivando todas as concepções religiosas no Equador. Reconhece também a sabedoria de todas as culturas que enriquecem o Estado e tem reafirmação nos artigos 21[46] e 56[47]. Destaca-

[42] Art. 10: [...] La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución
[43] Art. 71: La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza La vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a La autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los princípios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a lós colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.
[44] Art. 72: La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos lós ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar La restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.
[45] Art. 14: [...] Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de lós espacios naturales degradados.
[46] Art. 21: Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.
[47] Art. 56: Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

se a posição de herdeiros das lutas pela libertação de todas as formas de dominação e colonialismo.

Fazendo menção ao tipo de Estado que se objetiva construir, o preâmbulo da Constituição da República do Equador destaca os valores primordiais do Estado. Fazem parte de sua verdadeira finalidade. Nesses valores se incluem uma nova forma de convivência cidadã, que respeita a diversidade, a dignidade das pessoas em todas as suas dimensões e prima pela harmonia entre o indivíduo, a coletividade e a natureza, para se alcançar o bem viver.

O regime de bem viver é considerado uma das principais características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Como se verá em tópico posterior, é um paradigma adotado também pela Bolívia e que se reflete em toda a Constituição do Equador, desde o capítulo relativo ao reconhecimento de direitos e deveres, até o capítulo concernente ao estabelecimento das regras de desenvolvimento do Estado. O regime de bem viver é o novo paradigma do Estado do Equador que exige a adoção de diversas outras medidas para, em linhas gerais, justamente promover a relação harmônica entre todos (incluindo a natureza), considerados tanto individualmente quanto nos diversos núcleos sociais.

Depreende-se do preâmbulo da Constituição equatoriana também o objetivo de se construir um país efetivamente democrático, comprometido com a integração latino-americana e que promove a paz e a solidariedade com todos os povos da terra. O próprio processo de elaboração da Constituição reflete a preocupação já na assembleia constituinte com a democracia, haja vista ter sido convocado um referendo para que o povo pudesse, efetivamente, aceitar a Constituição de seu país.

A Constituição da República do Equador, portanto, expressa em seu preâmbulo e nos diversos dispositivos que o reafirma ou o desenvolve, a identidade da Constituição, de maneira a indicar importantes elementos como a origem, legitimidade, os valores prevalentes e, sobretudo, os objetivos principais do Equador. Essa quebra de paradigmas é um verdadeiro exemplo para outros países de que é possível inovar positivamente na teoria constitucional, e, voltando a atenção para as suas peculiaridades, firmar o real e necessário compromisso com o seu próprio povo.

A Bolívia, por sua vez, foi o último país da região Latino-Americana a promulgar uma nova Constituição. A Constituição Política do Estado Plurinacional Boliviano é extremamente analítica, integra a essência (juntamente com o Equador) do Novo

Constitucionalismo, e representa um pacto de convivência entre os bolivianos, bem como um projeto de sociedade e Estado para as próximas gerações.

As causas para a elaboração de uma nova Constituição para a Bolívia são bastante próximas às citadas no tópico anterior, porquanto o povo Boliviano também vinha sofrendo exacerbadamente com um país que fora construído a partir da marginalização, exclusão dos povos indígenas e a péssima distribuição de renda.

Especificamente no Estado da Bolívia, houve um ciclo de protestos iniciados em 2000, dentre eles a marcha pelo território, a manifestação pela dignidade e pela vida, a guerra da água e a guerra do gás, esses protestos culminaram na destituição do presidente da República Gonzalo Sánchez de Lozarda. Obtendo êxito nos protestos, os bolivianos e as bolivianas intensificaram as reivindicações e começaram a questionar as próprias raízes do Estado. Começou-se a vislumbrar, portanto, a necessidade, da reformulação do Estado mediante uma nova Constituição.

Assim, em 2006, o povo iniciou a refundação do Estado da Bolívia e uma assembleia nacional constituinte para redigir a nova Constituição foi instalada em 06 de agosto de 2006, objetivando criar um Estado mais equitativo, defender os recursos naturais e, dentre outros objetivos, acabar com o modelo neoliberal. A Constituição foi ratificada por um referendo constitucional em 25 de janeiro de 2009 e promulgada no dia 09 de fevereiro do mesmo ano.

A Constituição Política do Estado Plurinacional Boliviano, de 2009, trouxe consigo um preâmbulo bastante distinto de todos os encontrados em outras Constituições. Não só por ser analítico (seguindo o modelo do restante da Constituição, que tem 411 artigos), mas é um preâmbulo “poético”, que destaca a origem da Bolívia, do povo boliviano e esclarece, dentre outras características, o Estado que se está a construir:

> Em tempos antigos se ergueram montanhas, formaram-se rios e lagos. A nossa Amazônia, nossa Chaco, nossos planaltos e nossas planícies e vales foram cobertos com vegetação e flores. Povoamos esta sagrada mãe terra com rostos diferentes e compreendemos desde então a pluralidade existente em todas as coisas e nossa diversidade como seres e culturas. Assim formamos nosso povo e jamais entenderemos o racismo que sofremos desde os desastrosos tempos de colônia.
> O povo boliviano, de composição plural, desde sua profunda história, inspirado nas lutas do passado, na insurreição indígena anti-colonial, na independência, nas lutas populares de libertação, nas marchas indígenas, sociais e sindicais, nas guerras da água e de outubro, nas lutas pela terra e território, e com a memória de nossos mártires, constrói um novo Estado.
> Um Estado baseado no respeito e na igualdade entre todos, com os princípios de soberania, dignidade, complementaridade, solidariedade, harmonia e

> igualdade na distribuição e redistribuição do produto social, do qual predomina a busca pelo bem viver; com respeito à pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes desta terra; na convivência coletiva com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos.
> Deixamos no passado o Estado colonial, republicano e neoliberal. Assumimos o desafio de construir coletivamente um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que integra e articula os propósitos de avançar para uma Bolívia democrática, produtiva, portadora e inspiradora da paz, comprometida com o desenvolvimento integral e autodeterminação dos povos.
> Nós, homens e mulheres, através da Assembleia Constituinte e com o poder originário do povo, manifestamos o nosso compromisso com a unidade e integridade do país.
> Cumprindo o mandato do nosso povo, com a força da nossa Pachamama e graças a Deus, refundamos a Bolívia.
> Honra e glória aos mártires do gesto constituinte e libertador, que fizeram essa nova história.

Percebe-se pela análise do preâmbulo da Constituição boliviana em conjunto com a compreensão do contexto em que fora promulgada, que se preocupou com o delineamento do novo Estado. As várias informações expostas no preâmbulo constitucional deixa bastante claro qual é a ideologia dessa nova Constituição e se faz importante para a compreensão e interpretação das diversas normas dispostas no decorrer do texto constitucional.

De início o preâmbulo da Constituição da Bolívia traz uma introdução ressaltando a formação das montanhas, rios, lagos, Amazônia, planaltos, planícies, vegetação e flores. Destaca-se ainda o reconhecimento de o povoamento da “sagrada mãe terra” se deu por pessoas com rostos diferentes, e aí já se encontra um dos grandes valores dispostos na nova Constituição boliviana: a pluralidade nas mais variadas vertentes, com destaque à cultural e étnic No preâmbulo se reconhece e se inspira nas lutas e manifestações contra o colonialismo, a favor da libertação, dentre outras, e como consequência se constrói um novo Estado pautado pelo respeito e igualdade entre todos, com especial observância aos princípios da soberania, dignidade, complementaridade, harmonia e igualdade na distribuição do produto social, do qual predomina a busca não pelo enriquecimento, mas pelo bem viver, fundado no respeito da pluralidade em suas diversas vertentes e primando pela convivência coletiva. São nesses princípios que o Estado boliviano vem a se pautar.

Reafirmando essa parte do preâmbulo constitucional, o artigo 1º esclarece o modelo de Estado adotado, destacando algumas características do Estado Plurinacional da Bolívia, ao passo que os artigos 2º e 3º reconhecem, respectivamente, os povos originários e a composição do povo boliviano.

Ainda na perspectiva dos principais princípios norteadores do Estado boliviano, é válido destacar uma importante característica presente na Constituição Política da Bolívia, especificamente no artigo 8º. Em tal dispositivo são constitucionalizados os princípios ético-morais. Tais princípios, na maioria dos países, não se encontram efetivamente na Constituição e são repassados às pessoas por outras maneiras, as mais comuns são por meio da família, pela escola e pela religião. E esse aspecto molda diferentes personalidades em razão de os valores variarem substancialmente de acordo com cada cultura ou mesmo considerando as diferentes religiões. A Constituição da Bolívia fez diferente e, considerando as várias culturas e a pluralidade existente em seu seio, definiu os princípios ético-morais comuns a todos e os constitucionalizou; tudo isso com o escopo de alcançar o bem viver, em harmonia com o indivíduo, a sociedade e o meio em que se vive. Não obstante, o mesmo dispositivo destaca outros valores nos quais o Estado se sustenta e dos quais se desenvolvem diversificados dispositivos constitucionais.

Dois elementos que normalmente são encontrados logo no início dos outros preâmbulos e que no preâmbulo da Bolívia constam no final são a indicação da legitimidade e a invocação divina, porquanto é disposto que a Constituição é um ato de manifestação dos homens e mulheres, através da assembleia constituinte e com o poder originário do povo que assumem o compromisso com a unidade e integridade do país. O preâmbulo invoca Deus e a força da *Pacha Mama* (natureza) para refundar a Bolívia.

A nova forma de se compreender e consequentemente respeitar a natureza é uma das principais características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano; a Bolívia traz isso com bastante evidência e fazer menção à natureza já no preâmbulo constitucional vem a destacar isso. A preocupação da Bolívia com a mãe terra está presente em praticamente todo o texto constitucional, integrando diversos dispositivos, desde o reconhecimento dos direitos às pessoas, até o estabelecimento de regras de desenvolvimento econômico integral e sustentável.

Por certo o preâmbulo da Constituição boliviana avança no que diz respeito ao estabelecimento da identidade da própria Constituição, porquanto traz todos os elementos essenciais a um preâmbulo, indicando, outrossim, a ideologia do constituinte e que reflete não apenas mecanismos interpretativos das normas constantes no texto constitucional, mas também normas que visam a nortear o Estado Plurinacional boliviano. Sabe-se que essa experiência constitucional é deveras

recente, em consequência não é possível vislumbrar com tanta nitidez os resultados efetivos dessa experiência constitucional. No entanto, a promessa e a esperança de que a nova Constituição aniquile as desigualdades sociais e efetive o regime de bem viver se fazem presentes não apenas no povo boliviano, mas em todas as pessoas que acreditam ser possível a existência de um modelo constitucional que venha a harmonizar indivíduo, sociedade e natureza, que traga mecanismos mais avançados de participação popular, que respeite a diversidade e o pluralismo, bem como estabeleça meios sustentáveis de desenvolvimento e uma economia solidária.

CONCLUSÕES

O estudo comparado dos preâmbulos constitucionais da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, sob as perspectivas teórica e dogmático-constitucional, revelou a riqueza e a diversidade de funções desempenhadas por essa parte dos textos constitucionais. Foi possível identificar tanto similitudes quanto distinções e confluências nas características e nos elementos que compõem os preâmbulos, em grande parte determinadas pelos contextos históricos e culturais de suas promulgações.

Nos modelos europeus, representados pelas Constituições da Itália e da Alemanha, os preâmbulos refletem um compromisso com a reconstrução democrática e a consolidação dos Direitos Fundamentais após os horrores do autoritarismo e da Segunda Guerra Mundial. Contudo, sua natureza sintética aponta para uma abordagem mais restrita, que, apesar de inovadora à época, pode hoje revelar limitações diante das crises contemporâneas do Constitucionalismo Democrático, como as tensões entre princípios constitucionais e a realidade política e social.

Por outro lado, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, representado pelas Constituições do Equador e da Bolívia, traz uma ruptura paradigmática ao focar na refundação de Estados historicamente marginalizados. Essas Constituições são marcadas por uma abordagem analítica e inovadora, incorporando valores como a plurinacionalidade, a harmonia com a natureza e o "bem viver". Esse modelo, embora recente, busca superar desigualdades estruturais e resgatar identidades culturais e ancestrais, apresentando-se como um projeto transformador tanto no plano teórico quanto prático.

Uma tendência comum a todos os preâmbulos analisados é a introjeção de valores fundamentais, que se confundem com os próprios fins do Estado e são

detalhados nos capítulos subsequentes relativos aos princípios fundamentais. Esses valores constituem a essência filosófica, ideológica e política das Constituições, orientando sua interpretação e sua aplicação.

Por fim, destaca-se que, enquanto os modelos europeus enfrentam os desafios de se manterem adequados às demandas contemporâneas, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano oferece um campo fértil para inovações na teoria e na prática constitucional. Ainda que seus reflexos definitivos sejam incertos, essas experiências apresentam uma proposta de Estado que privilegia a dignidade humana, a inclusão social e a sustentabilidade ambiental, promovendo um ideal de harmonia entre indivíduos, comunidades e a natureza. A busca pelo "Estado de bem viver" pode representar uma alternativa significativa para repensar o papel das Constituições no enfrentamento das crises do presente e na construção de um futuro mais justo e equilibrado.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/-1330556/ConstituicaoPortugues_PD F.pdf>

ALVES JR, Luís Carlos Martins. **O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. Jus Navigandi**, dez. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10823/o-preambulo- da-constituicao-brasileira-de-1988/4#ixzz2TwT7RBz3>. Acesso em: 21/07/2024.

AMIRANTE, Carlo. **Dalla Forma Stato alla forma Mercato**. Torino: Giappiachelli, 2008 (trad. Milena Petters Melo, no prelo).

BARBOSA, Júnio Alves Braga. **Refletindo acerca do Preâmbulo**. DireitoNet, jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2145/Refletindo-acerca-do-Preambulo>. Acesso em: 21/07/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A História das Constituições**. Publicado no Estado de São Paulo em 08/07/2007. Disponível em: <http://revan.dominiotemporario.com/catalogo/0361e.htm>. Acesso em: 21/07/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 21/07/2024.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1988.

BOLÍVIA. **Asamblea Constituyente de Bolivia.** Disponível em: <http://www.laconstituyente.org/>. Acesso em: 21/07/2024.

BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**, de 07 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>. Acesso em: 21/07/2024.

BOLONHA, Carolina de Assis. **A Constituição italiana Segundo Benigni**. Revista Samuel, jan. 2013. Disponível em: <http://revistasamuel.uol.com.br/conteudo/-view/20154/A_constituicao_italiana_segundo_be nigni.shtml>. Acesso em: 21/07/2024.

BRASIL. **A Constituição da República Federal da Alemanha**. (Traduzida). Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/-Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html>. Acesso em: 21/07/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/-constituicao.htm>. Acesso em: 21/07/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2076/AC**. Relator: Carlos Velloso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 15/08/2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

EQUADOR. **Constitución del Equador**, de 28 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.utelvt.edu.ec/NuevaConstitucion.pdf>. Acesso em: 21/07/2024.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** 1ª reimp. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung) (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**, de 27 de dezembro de 1947. Disponível em: <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_-riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Mil ano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 21/07/2024.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** (trad. Walter Stonner). São Paulo: Fonte digital: 1933.

MELO, Milena Petters. **As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?** In WOLKMER, Antônio Carlos e MELO, Milena Petters (organizadores). Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 59-87.

MELO, Milena Petters. **O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latino-americano.** Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol.18, n° 1 (Jan/Abril, 2013) Itajaí, Ed.: UNIVALI, pp. 74-84. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/-index.php/nej/article/view/4485>. Acesso em: 21/07/2024.

MELO, Milena Petters. **Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in América Latina.** In Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Torino: Giappichelli, 2012, pp. 342-354.

MELO, Milena Petters. **Direitos humanos e cidadania.** In LUNARDI, Giovani e SECCO, Márcio (org.) A fundamentação filosófica direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010, pp-175-217.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. **Dicionário Online Michaelis.** 2009. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 21/07/2024.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: 2003.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Conceito, 2018

SILVA. José Alfonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Contribuições históricas sobre o Direito na América Latina Luso-Hispânica.** In: A Latinidade da América Latina: Enfoques Histórico-Jurídicos. São Paulo: Hucitec, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos e MELO, Milena Petters (organizadores). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano.** Curitiba: Juruá, 2013.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ANÁLISE ENTRE O AI ACT EUROPEU E O PL 2338/2023 DO BRASIL

REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ANALYSIS BETWEEN THE EUROPEAN AI ACT AND THE BRAZILIAN LAW PROJECT 2338/2023

Bruno Louis Pabst Wanke[1]

Paulo Vitor Apolinario[2]

Resumo: A disseminação da Inteligência Artificial (IA) no mundo como ferramenta de trabalho faz surgir discussões ética, morais e legais, sobre seu uso indiscriminado, e a necessidade ou não de regulamentação desta. O artigo objetiva analisar as iniciativas de regulamentação da IA pelo mundo, e compara-las com as iniciativas existentes no brasil. A metodologia utilizada envolve o método indutivo e dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica em livros, jurisprudências, artigos, documentos eletrônicos, monografias, periódicos, legislação entre outros. Os resultados da pesquisa indicam que há pontos disseminados de discussão sobre a necessidade de regulamentação da IA pelo mundo, mas que, a União Européia fora o único ente estatal que estabelecerá legislação formal, servindo aquele texto para os textos de projeto de lei sobre o tema no Brasil. Uma comparação entre o projeto brasileiro e o texto legislativo europeu identifica as significativas semelhanças e reconhece o ponto nevrálgico de divergência e que gera discussão política e doutrinária no que se refere á regulação de responsabilidade civil através da lei específica. Discutindo-se se o modelo de graduação de responsabilidade civil lá aplicado é aplicável no Brasil.

Palavras-Chave: Inteligência Artificial, AI Act, regulamentação, responsabilidade civil, União Europeia, Brasil, PL 2338/2023.

Abstract: The spread of Artificial Intelligence (AI) worldwide as a work tool has sparked ethical, moral, and legal discussions regarding its indiscriminate use and the need for its regulation. This article aims to analyze the AI regulation initiatives around the world and compare them with those existing in Brazil. The methodology employed involves both inductive and deductive methods, using bibliographic research techniques including books, case law, articles, electronic documents, monographs, journals, legislation, and more. The research results indicate that there are widespread discussions on the necessity of AI regulation globally, but the European Union stands out as the only state entity that has established formal legislation, which serves as a reference for the draft bills on the subject in Brazil. A comparison between the Brazilian draft and the European legislative text identifies significant similarities and acknowledges the critical point of divergence that generates political and doctrinal debate concerning the regulation of civil liability through specific law. The discussion revolves around whether the model of grading civil liability applied there is applicable in Brazil.

Keywords: Artificial Intelligence, AI Act, regulation, civil liability, European Union, Brazil, PL 2338/2023.

[1] Mestrando em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.
[2] Mestrando em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

1. INTRODUÇÃO

A expansão da Inteligência Artificial (IA) como uma ferramenta de trabalho em todas as áreas do mercado e do conhecimento tem gerado discussões significativas sobre as implicações decorrentes de seu uso irrestrito e a necessidade urgente de uma regulamentação adequada. Assim, como em relação a proteção de dados, a União Europeia parece estar a frente no processo de regulamentação do uso da IA tendo produzido texto normativo já vigente, que traz conceitos, regras de governança, transparência e responsabilidade civil.

Desde 2017, a União Europeia tem sido pioneira nos esforços internacionais para estabelecer um quadro regulatório sólido para a IA culminando na adoção do AI Act em 2024. Esse regulamento busca assegurar que os sistemas de IA funcionem de forma segura, transparente, rastreável, não discriminatória e sustentável, com especial atenção aos sistemas classificados como de alto risco.

Sendo o texto europeu pioneiro serve de inspiração para os textos normativos vindouros de outro país. O Brasil ensaia um texto normativo condensado em diversos projetos de lei que ainda demandam discussão e aprimoramento para sua aprovação e vigência.

Neste sentido, considerando-se a influencia do texto europeu e as diferenças legislativas existentes entre os países da Europa que compõem a UE e o Brasil, é pujante a discussão doutrinária, política e acadêmica sobre a absorção dos conceitos criados no texto normativo europeu, especialmente no que tange a responsabilidade civil.

O objetivo principal deste estudo é investigar e comparar as principais convergências e diferenças entre a legislação europeia (*AI Act*) e projeto de lei brasileiro para se reconhecer a pertinência das discussões acadêmicas políticas e doutrinárias no que se refere aos conceitos estabelecidos, regras de governança, transparência e responsabilidade civil.

Para o desenvolvimento desta pesquisa foi utilizado o método indutivo e dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica em livros, jurisprudências, artigos, documentos eletrônicos, monografias, periódicos, legislação entre outros. Para esclarecer e delimitar o conteúdo do estudo abordado foram apresentados conceitos, previsões legais, entendimentos doutrinários e demais particularidades do modelo estudado.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Este estudo trabalha com as seguintes hipóteses: O texto do projeto de lei brasileiro tem referência no texto legislativo europeu e os conceitos e regras absorvidos daquele texto podem ter conflito entre a legislação já existente no Brasil e os conceitos trazidos no novo texto legal. O texto do projeto de lei brasileiro tem referência no texto legislativo europeu, porém, os conceitos e regras absorvidos daquele texto não apresentam conflitos diretos entre a legislação já existentes no Brasil e os conceitos e regras absorvidos pelo projeto de lei brasileiro de regulamentação de IA. Ou, o projeto de lei brasileiro tem inspiração insignificante no texto legal europeu, e, portanto, inócua a presente pesquisa as discussões doutrinárias, políticas e acadêmicas que deram origem a ela.

Esta pesquisa é justificada, portanto, pela necessidade de se explorar e comparar as abordagens regulatórias da IA entre a União Europeia e o Brasil, destacando as convergências e os pontos de tensão, especialmente no que se refere à responsabilidade civil.

2. A EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MUNDO

Apesar de algumas discussões e insinuações esparsas sobre discussões a ocorrerem opor entes estatais, o que se identifica de registro documental é que ainda no ano de 2017 a União Europeia (UE) começou a discutir de maneira formal a necessidade de regulamentação do uso da Inteligência Artificial (IA) criando-se um conselho europeu para o tema. Como resultado, em abril do ano de 2021, a Comissão Europeia, criada pelo parlamento, propôs o primeiro quadro regulamentar da União Europeia para a Inteligência Artificial (IA)[3] que culminou no AI Act, terminologia adotada para esse conjunto de regras, que foi aprovado no dia 13 de março do ano de 2024 por 523 votos a favor, 46 votos contra e 49 abstenções.[4]

A prioridade do Parlamento Europeu, ao criar a *AI Act*, "consiste em garantir que os sistemas de IA utilizados na UE sejam seguros, transparentes, rastreáveis, não discriminatórios e respeitadores do ambiente"[5] e pode ser resumida em quatro pontos:

[3] PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/-2023/6/story/20230601STO93804/20230601STO93804_pt.pdf> Acesso em 20 de ago. de 2024
[4] PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240308IPR19015/regulamento-inteligencia-artificial-parlamento-aprova-legislacao- historica>. Acesso em 20 de ago. de 2024.
[5] PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/-2023/6/story/20230601STO93804/20230601STO93804_pt.pdf>. Acesso em 20 de ago. de 2024.

> [...] IA de acordo com seu risco: Riscos inaceitáveis são proibidos (por exemplo, sistemas de pontuação social e IA manipuladora). A maior parte do texto aborda sistemas de IA de alto risco, que são regulamentados. Uma seção menor lida com sistemas de IA de risco limitado, sujeitos a obrigações de transparência mais leves: desenvolvedores e implantadores devem garantir que os usuários finais estejam cientes de que estão interagindo com IA (chatbots e deepfakes). O risco mínimo não é regulamentado (incluindo a maioria das aplicações de IA atualmente disponíveis no mercado único da UE, como videogames habilitados para IA e filtros de spam – pelo menos em 2021; isso está mudando com a IA generativa). A maioria das obrigações recai sobre os provedores (desenvolvedores) de sistemas de IA de alto risco. Aqueles que pretendem colocar no mercado ou em serviço sistemas de IA de alto risco na UE, independentemente de estarem sediados na UE ou num país terceiro. E também provedores de países terceiros onde a saída do sistema de IA de alto risco é usada na UE. Os usuários são pessoas físicas ou jurídicas que implantam um sistema de IA em caráter profissional, não usuários finais afetados. Os usuários (implantadores) de sistemas de IA de alto risco têm algumas obrigações, embora menores que os provedores (desenvolvedores). Isso se aplica a usuários localizados na UE e usuários de países terceiros onde a saída do sistema de IA é usada na UE. IA de propósito geral (GPAI): Todos os provedores de modelos GPAI devem fornecer documentação técnica, instruções de uso, cumprir a Diretiva de Direitos Autorais e publicar um resumo sobre o conteúdo usado para treinamento. Os provedores de modelos GPAI de licença livre e aberta precisam apenas cumprir os direitos autorais e publicar o resumo dos dados de treinamento, a menos que apresentem um risco sistêmico. Todos os provedores de modelos GPAI que apresentam um risco sistêmico – aberto ou fechado – também devem conduzir avaliações de modelos, testes adversários, rastrear e relatar incidentes sérios e garantir proteções de segurança cibernética.[6]

Trata-se do primeiro conjunto de leis do mundo que visa regulamentar o ciclo de vida da IA, como o fornecedor, o usuário, o representante autorizado, o fabricante, o distribuidor e o importador.

A União Europeia (UE), até a presente data, é a única que possui um regramento para a utilização da IA sendo que outros países possuem, apenas, projetos de leis, como por exemplo o Canadá que, em 2022, através do Ministro da Inovação, Ciência e Indústria, François-Phillippe Champagne apresentou o Projeto de Lei C-27, ou *Digital Charter Implementation Act, 2022*[7], que visa regular o comércio internacional e interprovincial em sistemas de inteligência artificial, exigindo que certas pessoas adotem medidas para mitigar riscos de danos e resultados tendenciosos relacionados a sistemas de inteligência artificial de alto impacto.[8]

---

[6] EU ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/high- level-summary/>. Acesso em 25 de ago. de 2024.
[7] OSGOODE HALL LAW SCHOOL. Disponível em: <https://www.yorku.ca/osgoode/iposgoode/-2022/08/12/artificial-intelligence-and-data-act-aida- signals-more-ai-regulation-to-come/> Acesso em 23 de ago. de 2024.
[8] HOUSE OF COMMONS OF CANADA. BILL C-27. Disponível em: <https://www.parl.ca/Document-Viewer/en/44-1/bill/C-27/first-reading>. Acesso em 10 de ago. de 2024.

No entanto o projeto de lei do Canadá é mais limitado quando comparado com a *AI Act*, já que não se aplicaria aos setores público e privado, e todas as instituições do governo federal seriam isentas. Além disso, o projeto de lei canadense não estabelece práticas específicas proibidas de IA e distingue apenas entre IA de alto risco e todos os outros sistemas, diferentemente da legislação da UE.[9]

No que se refere a outros países, segundo o professor Tiago Carneiro Rabelo:

> Sabe-se ainda, nos dias atuais, que países desenvolvidos na área da IA, como, por exemplo, os Estados Unidos da América – EUA e a China, travam discussões acerca das responsabilidades, dos deveres e das obrigações no tocante ao que pode ser bem ou mal utilizado nesse tipo de tecnologia e o poder regulatório mundial. Nesse sentido, a China pretende investir 150 bilhões de dólares, nos próximos 15 anos, com foco em áreas militares e em cidades inteligentes, desejando também ser o líder mundial de IA até 2030. [...] Ainda como destaque tem-se a adoção dessa tecnologia pela Arábia Saudita (AI Strategy 2031) e da Estônia, além da União Europeia – UE (EU's AI Strategy), que já regulamentaram acerca da IA alguns temas de interesse, tais como: responsabilidade civil, personalidade jurídica, ética, aspectos criminais e outros concernentes ao consumo, ainda não tratados pelo ordenamento brasileiro sob esse novo prisma. [...] No ano de 2018, diversos países publicaram seus planos estratégicos em relação a IA, a saber: EUA (White House Summit on AI), Itália (AI at the servisse of citizen), Turquia (First Workshop for Strategy), Grã- Bretanha (UK AI Sector Deal), Suécia (Sweden's AI Strategy) e Alemanha (Germany's AI Strategy). O México foi o primeiro país da América Latina a divulgar seu plano estratégico (Towards an AI Strategy in México). Imbuída de espírito fraternal, a França publicou uma regulamentação denominada L'Intelligence Artificielle au Service de L'Humain, com previsão de investimento de dois bilhões de euros nos próximos cinco anos, dedicado ao fomento à pesquisa e à capacitação das mentes brilhantes sobre a temática e em contraposição à liderança dos EUA, por meio das empresas sediadas no Vale do Silício.[10]

Ou seja, apesar da preocupação dos países na regulamentação da IA, não se encontra ainda uma legislação tal como a *AI Act* promulgada pela UE no sentido de instituir conceitos, modelos de controle, de risco, de responsabilização e punição.

Os Estado Unidos, em 30 de outubro do ano de 2023, chegou a promulgar um Decreto assinado pelo presidente Joe Baden sobre inteligência artificial, onde busca equilibrar as necessidades de empresas de tecnologia de ponta com a segurança nacional e os direitos dos consumidores.

Não se trata ainda de uma legislação sobre a IA, mas sim uma ordem executiva (instrumento similar a uma medida provisória) assinada pela presidência americana

[9] OSGOODE HALL LAW SCHOOL. Disponível em: <https://www.yorku.ca/osgoode/iposgoode/-2022/08/12/artificial-intelligence-and-data-act-aida-signals-more-ai-regulation-to-come/#_ftn1>. Acesso em 23 de ago. de 2024.
[10] RABELO, Tiago Carneiro. Manual do Processo Judicial Eletrônico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019, p. 255-257.

que impõe uma série de compromissos para proteger os estadunidenses dos riscos potenciais trazidos pela inteligência artificial como, por exemplo, a recomendação para que o Congresso aprove uma legislação para a proteção da privacidade de dados de todos os americanos, especialmente as crianças.[11]

Ou seja, a UE torna-se, portanto, a pioneira quando o assunto é a regulamentação da utilização da IA servindo como modelo para os demais países, como o Brasil, por exemplo, que ainda, assim como outros países, precisam utilizar a legislação já existente na tentativa de delimitar as condutas e responsabilizar empresas e usuários quando trata-se da utilização da IA.

Apesar de observarmos a necessidade premente de uma regulamentação da utilização da IA, o que se verifica é que até os países de primeiro mundo estão atrasados quanto a normatização, limitando-se ainda a estudos, projetos de lei e decretos, como é o caso dos Estados Unidos.

3. A REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Assim como os demais países, o Brasil ainda não possui uma legislação que regulamente a utilização da IA. O primeiro Projeto de Lei (PL) a discutir a possível regulamentação da IA foi o de n. 5.691 de 2019[12], que visava instituir a Política Nacional de Inteligência Artificial, com o objetivo de estimular a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias em Inteligência Artificial.[13]

O texto inicial, composto por apenas sete artigos, trazia os princípios da Política Nacional de Inteligência Artificial (art. 2º), as diretrizes da Política Nacional de Inteligência Artificial (art. 3º), deveres da utilização da Inteligência Artificial (art. 4º), instrumentos da Política Nacional de Inteligência Artificial (art. 5º) e a possibilidade da realização de convênios entre a União e entes públicos dotados de personalidade jurídica com entidades privadas ou públicas, nacionais ou internacionais, para

[11] DATA PRIVACY BR RESEARCH. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/eua-adotam-novas-diretrizes-para-ia/#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20segunda%20(30%2F10,e%20os%20-direitos%20dos%20consumidores>. Acesso em 15 de ago. de 2024.
[12] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 5051 de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[13] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586#:~:text=Explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Ementa:,de%20tecnologias%20em%20Intelig%C3%AAncia%20Artificial>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

obtenção de recursos técnicos, humanos ou financeiros destinados a apoiar e fortalecer a Política Nacional de Inteligência Artificial (art. 6º).[14]

No entanto, o projeto de lei ainda encontra-se em tramitação de forma conjunta com outros projetos de lei que visam regular a aplicação da inteligência artificial, tais como: PL 5051 de 2019[15] (Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no Brasil.), PL 21 de 2020[16] (Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências.), 872 de 2021[17] (Dispõe sobre os marcos éticos e as diretrizes que fundamentam o desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial no Brasil.), PL 2338 de 2023[18] (Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial.), PL 3592 de 2023[19] (Estabelece diretrizes para o uso de imagens e áudios de pessoas falecidas por meio de inteligência artificial (IA), com o intuito de preservar a dignidade, a privacidade e os direitos dos indivíduos mesmo após sua morte.), PL 210 de 2024[20] (Dispõe sobre os princípios para uso da tecnologia de inteligência artificial no Brasil.) e PL 266 de 2024[21]

[14] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg- getter/documento?-dm=8031122&ts=1723640987438&disposition=inline>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[15] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 5051 de 2019. Disponível em; <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[16] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 21 de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151547>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[17] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 872 de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[18] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 2338 de 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[19] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 3592 de 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158816#:~:text=Projeto%20de%20-Lei%20n%C2%B0%203592%2C%20de%202023&text=Estabelece%20diretrizes%20para%20o%20uso,indiv%C3%ADduos%20mesmo%20ap%C3%B3s%20sua%20morte>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[20] SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 210 de 2024. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/161980#:~:text=Projeto%20de%20-Lei%20n%C2%B0%20210%2C%20de%202024&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20princ%C3%ADpios%20para,de%20intelig%C3%AAncia%20artificial%20no%20Brasil>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[21] SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 266 de 2024. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/162045#:~:text=Projeto%20de%20-Lei%20n%C2%B0%20266%2C%20de%202024&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20de,de%20m%C3%A9dicos%2C%20advogados%20e%20ju%C3%ADzes.> Acesso em 17 de ago. de 2024.

(Dispõe sobre o uso de sistemas de inteligência artificial para auxiliar a atuação de médicos, advogados e juízes.[22]

Outro Projeto de Lei que surgiu no intuito de regulamentar a IA, foi o PL 21 de 2020[23] que possui como objetivo estabelecer princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil.[24]

O texto original possuía apenas 10 artigos, conceituando sistema de inteligência artificial (art. 2º), o objetivo da aplicação da inteligência artificial no Brasil (art. 3º), os fundamentos do desenvolvimento e da aplicação a inteligência artificial no Brasil (art. 4º), princípios para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil (art. 5º), diretrizes a serem aplicadas pelo poder público (art. 6º), diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao uso e ao fomento dos sistemas de inteligência artificial no Brasil (art. 7º) e diretrizes a serem aplicadas pelo Poder Executivo federal por órgãos e entidades setoriais com competência técnica na matéria (art. 8º).

No entanto, referido PL foi duramente criticado, porquanto previa em seu art. 6º, inciso VI que "as normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial deverão, salvo disposição legal em contrário, pautar-se na responsabilidade subjetiva [...]."[25]

Essa disposição foi duramente criticada pela doutrina. Schreiber[26], por exemplo, afirma que:

> [...] se trata de uma fratura no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que parece ignorar todo o processo de evolução da disciplina da responsabilidade civil no Brasil, em que o Código Civil, através do parágrafo único do artigo 927, optou expressamente por afastar a responsabilidade subjetiva em relação aos danos causados por atividades de risco.

[22] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586#:~:text=Explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Ementa:,de%20tecnologias%20em%20Intelig%C3%AAncia%20Artificial>. Acesso em 18 de ago. de 2024.
[23] Senado Federal. Projeto de Lei nº 21 de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151547>. Acesso em 17 de ago. de 2024.
[24] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename= PL%2021/2020>. Acesso em 19 de ago. de 2024.
[25] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9063365&ts=1723640822719&disposition=inline>. Acesso em 19 de ago. de 2024.
[26] SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-andersonschreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em 19 de ago. de 2024.

E completa:

> A falta de clareza do inciso VI do artigo 6º do Projeto de Lei 21-A/2020 já seria suficiente para recomendar a sua rejeição, mas este aspecto não exprime o problema mais sensível trazido pela proposta normativa. O dispositivo parece ignorar todo o processo de evolução da disciplina da responsabilidade civil em nosso país, em que o Código Civil optou expressamente por afastar a responsabilidade subjetiva em relação aos danos causados por atividades de risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único).

Logo, o PL de n. 21 de 2020 ao estipular uma responsabilidade subjetiva por danos causados pela IA acabou por acender um grande debate em seu entorno, tendo sido criada então uma comissão de juristas, presidido pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Sr. Dr. Ricardo Villas Bôas Cueva, e possui como Relatora a Sra. Dra. Laura Schertel Ferreira Mendes, professora adjunta de Direito Civil da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e pesquisadora visitante da Universidade Goethe de Frankfurt, Alemanha.

A Comissão foi instituída em 17 de fevereiro de 2022, por meio do Ato do Presidente n. 4, de 2022, com a finalidade de subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei (PLs) nos 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil.

Segundo o Ministro:

> "A comissão é composta por notáveis juristas e tem por função subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo aos projetos de lei sobre inteligência artificial, tema novo e complexo que demanda muita reflexão e amplo debate".[27]

Culminando, assim, no PL n. 2338 de 2023 de iniciativa do Senador Rodrigo Pacheco, tendo como relator o Senador Eduardo Gomes[28], que já possui 145 emendas e ainda encontra-se em tramitação no congresso.

O respectivo projeto de lei possui nove Capítulos e possuem como tema: Disposições Preliminares (Capítulo I), Dos Direitos (Capítulo II), Da Categorização dos

[27] STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/-Paginas/Comunicacao/Noticias/18022022-Villas-Boas-Cueva-preside-comissao-de-juristas-que-ajudara-o-Senado-a-regulamentar-inteligencia-artificial.aspx>. Acesso em 19 de ago. de 2024.
[28] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> Acesso em 19 de ago. de 2024.

Riscos (Capítulo III), Da Governança Dos Sistemas De Inteligência Artificial (Capítulo IV), Da Responsabilidade Civil (Capítulo V), Códigos De Boas Práticas E De Governança (Capítulo VI), Da Comunicação De Incidentes Graves (Capítulo VII), Da Supervisão e Fiscalização (Capítulo VIII) e Das Disposições Finais (Capítulo IX).

E diferentemente do PL n. 21 de 2020, no que concerne a responsabilidade civil, tema do Capítulo V do projeto, em seu art. 27, §1º prescreve que "quando se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco ou de risco excessivo, o fornecedor ou operador respondem objetivamente pelos danos causados, na medida de sua participação no dano".[29]

Além disso, o art. 28 em seus incisos, prevê duas hipóteses de excludente de responsabilidade que ocorrem quando os agentes:

> I – comprovarem que não colocaram em circulação, empregaram ou tiraram proveito do sistema de inteligência artificial; ou II – comprovarem que o dano é decorrente de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, assim como de caso fortuito externo.

No entanto, Marcílio[30] aponta quatro pontos que considera polêmicos sobre o PL n. 2338/23:

> Sistema de inteligência artificial. A definição tomou como referência tão somente as aplicações de natureza preditiva, ignorando os usos de natureza generativa como a criação de imagens, áudios, vídeos e textos. Sandbox regulatório. O Projeto não definiu o conceito, mas outras normas podem ser indicadas como referência para determinação desta estrutura de regulação, cabendo a adoção de termos já existentes de modo a evitar conflitos de conceito. Explicabilidade e contestação/intervenção ou revisão humana. Decisões automatizadas que evitem o exercício de um direito poderão ser apresentadas por um sistema de inteligência artificial, seja porque a decisão foi fundamentada, seja porque houve alguma anomalia, viés ou falha que levou à uma decisão do tipo. Papéis dos sistemas de IA e dos humanos. O principal objetivo é garantir clareza quanto à forma de criação do conteúdo, como já ocorre na produção de conteúdos de mídia, cujo estilo artístico afeta a compreensão dos espectadores, como animações, que podem ter exageros irreais que contribuem para a narrativa e evitam o "vale da estranheza".

[29] Senado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts-=1723640838762&disposition=inline>. Acesso em 19 de ago. de 2024.
[30] MARCÍLIO, Thiago. Quatro polêmicas sobre o projeto que regula a inteligência artificial. Conjur, 24 de fev. de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-29/quatro-polemicas-sobre-o-projeto-que-regula-a-inteligencia-artificial/>. Acesso em 27 de ago. de 2024.

Outro ponto que trouxe debate em torno do PL n. 2338/23, refere-se sobre os regimes de responsabilidade civil, uma vez que, segundo alguns doutrinadores, tal tema já é regulado em diversos instrumento legais.

Durante as 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Reuniões Ordinárias da Comissão de juristas sobre o PL, ocorridas respectivamente em 28 e 29 de abril e em 12 e 13 de maio de 2022, em especial no Painel 10, que discutiu sobre os regimes de responsabilidade civil, os expositores apontaram os seguintes entendimentos contrários a previsão da responsabilidade civil no projeto[31]:

> ANDERSON SCHREIBER ("Começando sobre a primeira pergunta, sobre ser ou não o caso de o PL tratar de responsabilidade civil, a minha opinião é que de jeito nenhum."); CAITIN MUHOLLAND ("Portanto, concordo com o Prof. Anderson Schreiber, que seria muito maléfico– vou usar essa palavra – tratar, nesse projeto de lei, de qualquer aspecto relacionado à responsabilidade civil."); GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES ("E eu acho que a gente tem hoje uma responsabilidade civil no Brasil que tem elementos sólidos, doutrina especializada. Tenho dúvida se a gente precisaria ter um projeto de lei nesse sentido. (…). Na minha opinião, o Prof. Anderson Schreiber respondeu: 'De jeito nenhum'; a Profa. Caitlin falou que seria maléfico; o Prof. Nelson, em outras palavras, foi no mesmo sentido. Eu diria que é assim temerário.")

No entanto, o projeto encontra-se ainda na Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil - CTIA, tendo a sua votação sido adiada por inúmeras vezes, porquanto ainda encontra resistência de diversos setores, em especial de plataformas digitais, que buscam melhores esclarecimentos sobre a regulamentação e os conceitos trazidos no projeto.

4. BREVES COMPARAÇÕES ENTRE O PROJETO DE LEI N. 2338 DE 2023 E O REGULAMENTO (UE) 2024/1689 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO - *AI ACT*

Ao realizar uma breve comparação entre o Regulamento (EU) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho - *AI Act* e o Projeto de Lei n. 2338 de 2023, é possível observar que o anteprojeto trouxe diversos conceitos que possuem como origem a regulamentação criada pelo Parlamento Europeu, tais como o conceito de alto risco e excessivo risco.

[31] SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=-9221643&ts=1670509473310&disposition=inline>. Acesso em 27 de ago. de 2024.

O PL 2338/23, traz em seu Capítulo III, a categorização dos riscos, dividindo em Risco Excessivo (Seção II) e Alto Risco (Seção III). Segundo o anteprojeto, o risco excessivo refere-se àqueles riscos proibidos de implementação e uso de sistemas de inteligência artificial (art. 14). Já o alto risco, são aqueles sistemas de inteligência artificial de riscos elevados e previstos no art. 17, mas que não são taxativos, porquanto o art. 18 prevê que "caberá à autoridade competente atualizar a lista dos sistemas de inteligência artificial de risco excessivo ou de alto risco [...].[32]"

Igualmente, o *AI Act*, possui duas classificações de risco, denominadas práticas de IA proibidas previsto no art. 5º e sistema de IA de risco elevado com previsão no artigo 6º do Regulamento (UE) 2024/1689[33].

Ainda, o *AI Act* estabelece a classe de risco mínimo, não havendo no projeto brasileiro uma classificação de risco mínimo, mas o que parece ser uma combinação entre riscos intermediários e baixos.

No que se refere a governança, o Regulamento (UE) 2024/1689, traz em seu Capítulo VII que abrange os artigos 64 ao 70, práticas de governança, essa que igualmente possui previsão no Capítulo IV (Da Governança Dos Sistemas De Inteligência Artificial) e no Capítulo VI (Códigos De Boas Práticas e De Governança) do PL n. 2338/23 e que engloba os artigos 19 ao 21 e 30, respectivamente.

Por fim, o PL n. 2338/23 em seu Capítulo VII prevê a comunicação de incidentes graves (art. 31), previsão essa igualmente encontrada no Regulamento (UE) 2024/1689 em seu art. 73º.

E, em análise aos artigos é possível observar inclusive sintonia em seu conteúdo:

> Art. 31. Os agentes de inteligência artificial comunicarão à autoridade competente a ocorrência de graves incidentes de segurança, incluindo quando houver risco à vida e integridade física de pessoas, a interrupção de funcionamento de operações críticas de infraestrutura, graves danos à propriedade ou ao meio ambiente, bem como graves violações aos direitos fundamentais, nos termos do regulamento. § 1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade competente. § 2º A autoridade competente verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário, determinar ao agente a adoção de providências e medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente.

[32] SENADO FEDERAL. Projeto de lei n 2338, de 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/-sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1723640838762&disposition=inline>. Acesso em 25 de ago. de 2024.
[33] EUR-Lex. Acess to European Union law. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>. Acesso em 25 de ago. de 2024.

> Artigo 73º. Comunicação de incidentes graves1. Os prestadores de sistemas de IA de risco elevado colocados no mercado da União devem comunicar os incidentes graves às autoridades de fiscalização do mercado dos Estados-Membros onde esses incidentes ocorrerem.
> 2. A comunicação a que se refere o n.º 1 deve ser efetuada imediatamente após o prestador ter determinado uma relação causal, ou a probabilidade razoável de que exista uma relação causal, entre o sistema de IA e o incidente grave e, em qualquer caso, o mais tardar 15 dias após o prestador ou, se for caso disso, o responsável pela implantação ter tomado conhecimento do incidente grave. O prazo para efetuar a comunicação a que se refere o primeiro parágrafo deve ter em conta a severidade do incidente grave.

O que se observa dessa breve comparação entre o texto inicial do PL n. 2338/23 e o Regulamento (UE) 2024/1689 - *AI Act*, é que a legislação europeia é mais completa e mais abrangente que o anteprojeto em discussão no congresso.

No entanto, a comparação foi realizada entre o texto inicial do anteprojeto com o Regulamento (UE) 2024/1689 - *AI Act*, não se podendo ainda aferir se com as 145 emedas recebidas, houve uma aproximação do texto legal Europeu ou até mesmo inovação em algum tema específico, porquanto não se teve acesso ao texto final do PL n. 2338/23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O traçar de um paralelo entre os textos legislativos brasileiro (projeto de lei) e o europeu (*AI Act*), fazem reconhecer a fortíssima inspiração do texto brasileiro no texto europeu, assim como foi em relação a LGPD.

Porém, no que se refere a LGPD a classificação de risco que se estabeleceu era em relação aos dados tratados e não em relação as empresas em si. Ponto de relevância no que se refere as discussões surgidas sobre a responsabilidade civil quando da criação do projeto de lei brasileiro que pretende regular as IA.

O IA act estabelece a classificação de risco das empresas pautada no tipo de IA que elas têm, e dessa classificação de risco, além dos critérios de responsabilização objetiva ou subjetiva também surge a graduação da responsabilidade civil.

E, é nesse ponto que surge o que se considera a principal distinção entre o projeto de lei brasileiro e a lei europeia, demandando discussões doutrinárias, já que, o ordenamento jurídico posto, qual seja, essencialmente, o código civil, não estabelece a responsabilidade civil por uma classificação ou graduação prévia ao dano. O que ocorre é, justamente, a aplicação da lei teórica ao caso concreto para análise estabelecimento e graduação (extensão) do dano reconhecido como ocorrido.

De maneira que, reconhece-se a graduação da responsabilidade civil de maneira posterior e em relação ao dano, podendo-se considerar, de fato que, a graduação é do dano e não da responsabilidade em si, sendo que essa, apenas existe ou não existe.

Neste sentido, faz-se pertinente o debruço para que se evite teratologias decorrentes de importações legislativas mal pensadas como já ocorrera outrora.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com>. Acesso em: 19 de ago. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 21/2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020>. Acesso em 19 de ago. de 2024.

DATA PRIVACY BR RESEARCH. **EUA adotam novas diretrizes para IA.** Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/eua-adotam-novas-diretrizes-para-ia/#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20segunda%20(30%2F10,e%20os%20direitos%20dos%20consumidores.> Acesso em 15 de ago. de 2024.

EU ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT. **High-level summary of the AI Act.** Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/>. Acesso em 25 de ago. de 2024.

EUROPEAN UNION. **Acess to European Union law.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>. Acesso em 25 de ago. de 2024.

HOUSE OF COMMONS OF CANADA. **Bill C-27.** Disponível em: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/44-1/bill/C-27/first-reading>. Acesso em 10 de ago. de 2024.

MARCÍLIO, Thiago. **Quatro polêmicas sobre o projeto que regula a inteligência artificial.** Conjur, 24 de fev. de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-29/quatro-polemicas-sobre-o-projeto-que-regula-a-inteligencia-artificial/>. Acesso em 27 de ago. de 2024.

OSGOODE HALL LAW SCHOOL. **Artificial Intelligence and Data Act (AIDA) signals more AI regulation to come.** Disponível em: <https://www.yorku.ca/osgoode/iposgoode/2022/08/12/artificial-intelligence-and-data-act-aida-signals-more-ai-regulation-to-come/>. Acesso em 23 de ago. de 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **Lei da UE sobre IA**: primeira regulamentação de inteligência artificial. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/-pdfs/news/expert/2023/6/story/20230601STO9 3804/20230601STO93804_pt.pdf>. Acesso em 20 de ago. de 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento Inteligência Artificial**: Parlamento aprova legislação histórica. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240308IPR19015/regulamento-inteligencia-artificial-parlamento-aprova-legislacao-historica>. Acesso em 20 de ago. de 2024.

RABELO, Tiago Carneiro. **Manual do Processo Judicial Eletrônico.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019, p. 255-257.

SCHREIBER, Anderson. **PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-andersonschreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em 19 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 5051 de 2019.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 5691, de 2019.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586#:~:text=-Explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Ementa:,de%20tecnologias%20em%20Intelig%C3%AAncia%20Artificial>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 21 de 2020.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151547>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 872 de 2021.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 2338 de 2023.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 3592 de 2023.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158816#:~:text-=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%203592%2C%20de%202023&text=Estabelece%20diretrizes%20para%20o%20uso,indiv%C3%ADduos%20mesmo%20ap%C3%B3s%20sua%20morte>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 210 de 2024.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/161980#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%20210%2C%20de%202024&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20princ%C3%ADpios%20para,de%20intelig%C3%AAncia%20artificial%20no%20Brasil>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 266 de 2024.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/162045#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%20266%2C%20de%202024&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20de,de%20m%C3%A9dicos%2C%20advogados%20e%20ju%C3%ADzes>. Acesso em 17 de ago. de 2024.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Villas Bôas Cueva preside comissão de juristas que ajudará o Senado a regulamentar inteligência artificial**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022022-Villas-Boas-Cueva-preside-comissao-de-juristas-que-ajudara-o-Senado-a-regulamentar-inteligencia-artificial.aspx>. Acesso em 19 de ago. de 2024.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266
IG: @sentencadozero
https://sentencadozero.com