

# REVISTA JURÍDICA DA FA7

*FA7LAWREVIEW*

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito  
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XX	n. 2	maio/ago.	2023	157 p.
-----------	-------	------	-----------	------	--------

### Catologação na Fonte

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.20, n. 2 (maio/ago. 2023) — Fortaleza: UNI7, 2023 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

## **Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review**

### **Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro**

[periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/](http://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/) | [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br)

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

#### **Editor-Chefe**

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Editor-Adjunto**

Prof. Dr. Ramon de Vasconcelos Negócio

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján

Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero

Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eliane Moreira

UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti

Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati

UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Maria de Moraes Leal

UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Laura Souza Lima e Brito  
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liziane Paixão Silva Oliveira  
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz  
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María José Bravo Bosch  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Vital da Rocha  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior  
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosângela Lunardelli Cavallazzi  
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tarin Cristino Frota Mont'Alverne  
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

## **Centro Universitário 7 de Setembro**

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante  
CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil  
Telefone: (+55.85) 4006.7600

---

### **Programa de Pós-Graduação em Direito**

#### **Coordenador**

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

#### **Área de Concentração**

Relações privadas, sociedade e desenvolvimento

#### **Linha de pesquisa 1**

Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento

#### **Linha de pesquisa 2**

Relações privadas, mercado e desenvolvimento



# Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato A2, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2020).

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo oitavo em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

*Editor-Chefe*



# Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br).

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.



# Sumário

**Revista Jurídica da FA7**

*FA7 Law Review*

v. XX, n. 2, maio/ago. 2023

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

## **ANOTAÇÕES SOBRE CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Ciro Rangel Azevedo ..... 13

*Notes about electronic contracts*

## **AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO SEGUNDO A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Ana Paula Baptista Marques

Lourival José de Oliveira ..... 29

*New technologies and labor relations according to the constitutional economic order*

## **A DOGMÁTICA JURÍDICA PRIVADA CONTEMPORÂNEA: UMA MOSTRA DA VIVÊNCIA DA SOLIDARIEDADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Jorge Renato dos Reis

Érica Veiga Alves ..... 41

*The contemporary private legal dogmatics: a show of the experience of solidarity as a concretization of the dignity of the human person*

## **INTERTEXTUALIDADE NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DO SUPORTE OFERECIDO PELO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Tiago Cappi Janini

Mario Augusto Celegatto ..... 53

*Intertextuality in Law: the importance of the support offered by the center of technical support for the implementation of the right to health by judicial decisions*

## **O CONTRATO DE SEGURO E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE CONTRATUAL EM FACE DO TERCEIRO**

Thomaz Jefferson Carvalho

Felipe Campanha Pastori ..... 67

*The insurance contract and the mitigation of the principle of contractual relativity in face of the third party*

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E INTERCULTURALIDADE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA CONTRA MULHERES IMIGRANTES NO BRASIL**

Taís Silveira Borges Araújo

Alfredo Rangel Ribeiro .....81

*International cooperation the interculturality of obstetric violence against immigrant women in Brazil*

**A CRISE AMBIENTAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE: EM BUSCA DE UMA SOCIEDADE SUSTENTÁVEL QUE GARANTA O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

Ariadna Leticia Figueiredo de Jesus

Deilton Ribeiro Brasil .....95

*The environmental crisis and the importance of education in the construction of a new rationality: in pursuit of a sustainable society which ensures an ecologically balanced environment*

**A CIDADANIA NO CONTEXTO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA INCLUSÃO DIGITAL E SOCIAL**

Dirceu Pereira Siqueira

Mayume Caires Moreira.....113

*Citizenship in the context of information and communication technologies: reflections on personality rights and digital and social inclusion*

**A LIBERDADE PRIVADA, O FEDERALISMO COOPERATIVO E O TERCEIRO SETOR COMO INSTRUMENTO PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL**

João Luis Nogueira Matias

Letícia Nascimento.....129

*Private freedom, cooperative federalism and the third sector as an instrument for the provision of educational service*

**A AUTONOMIA PRIVADA FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DO CAPABILITY APPROACH NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Anelize Pantaleão Puccini Caminha.....141

*Family private autonomy from the perspective of the capability approach in the Brazilian legal system*

# ANOTAÇÕES SOBRE CONTRATOS ELETRÔNICOS

**Ciro Rangel Azevedo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),  
São Paulo.

ciorazevedo1987@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo traz reflexões sobre Contratos Eletrônicos, abrangendo a sua natureza jurídica e a forma de exteriorização da declaração negocial no ambiente eletrônico. Essa metodologia contratual decorre da transformação digital em que a sociedade contemporânea está inserida e foi substancialmente impulsionada durante a pandemia da COVID-19, tendo em vista a impossibilidade de interação presencial entre as partes contratantes, especialmente para as assinaturas dos instrumentos. Há várias modalidades de contratos eletrônicos. Neste artigo exploramos algumas delas e as particularidades relacionadas à formação e exteriorização da declaração negocial em alguns desses modelos negociais realizados no ambiente eletrônico.

**Palavras-chave:** contrato eletrônico; forma; documento eletrônico; declaração negocial.

## *Notes about electronic contracts*

**Abstract:** This paper explores the general aspects of Electronic Contracts, covering its legal nature and the consent through the electronic environment. This contractual methodology derives from the digital transformation in which the modern society is inserted and was substantially boosted during the COVID-19 pandemic, due to the impossibility of physical attendance of the parties, especially to sign the documents. There are various types of electronic contracts. In this paper we explore a few of them and the particularities related to their formation and consent in a few contractual models which take place in the electronic environment.

**Keywords:** electronic contract; form; electronic document; consent.

## INTRODUÇÃO

O advento da *Internet* modificou profundamente os meios de comunicação a nível global, trazendo consigo novos hábitos, práticas empresariais e formas de instrumentalização de relações jurídicas.

A sociedade contemporânea é marcada pela transformação digital, abrangendo o uso de tecnologias e instrumentos como: automação; inteligência artificial; robótica; e computação. A cada dia vivenciamos o lançamento de novas ferramentas digitais, capazes de oferecer soluções práticas pensadas para eliminar ineficiências e gerar valor para a sociedade, mercado e indústria.

Evidentemente, essa transformação também tem reflexos no Direito. Sobre este ponto, trazemos a excelente contextualização de Patricia Peck, Sandra Tomazi Weber e Antonio Alves de Oliveira Neto:

E a expansão da digitalização continua a todo vapor, de modo que ideias, que no passado pareciam coisa de cinema, hoje se tornam cada vez mais próximas de nossa realidade, como é o caso do desenvolvimento das *smart cities*. E com todas essas transformações, a ciência precisou se atualizar e modificar sua maneira de realizar as mudanças e continuar inovando.

A ciência jurídica não é alheia a essa transformação e cada vez mais surge como uma variável indispensável na equação da sociedade digital. O decálogo desenvolvido pelo Centro de Estudos em Administração Pública e Governo (CEAPG) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) aponta o desenvolvimento de uma regulamentação norteada pela transformação digital como um dos dez principais preceitos para o pleno desenvolvimento das cidades inteligentes.

Da mesma forma que o arcabouço jurídico precisa e tem se movimentado para se adaptar às novas necessidades sociais da Era Digital, o mercado passou por diversas modificações e está mais ativo e criativo do que nunca<sup>1</sup>.

É dentro deste contexto, que trazemos à tona o tema relativo aos denominados Contratos Eletrônicos, assim entendidos como contratos em relação aos quais as partes convenientes exteriorizam a vontade de contratar por meio de declarações veiculadas de forma eletrônica (Contratos Eletrônicos).

Evidentemente, os Contratos Eletrônicos assumem papel fundamental para a viabilização do comércio jurídico de bens e serviços dentro da atual moldura sociológica que vivemos, substancialmente estruturada na transformação digital.

Na prática jurídico-empresarial, observamos lentamente os avanços das tecnologias e hoje nos deparamos com uma realidade que se impõe: as soluções tecnológicas são imprescindíveis para a viabilização de negócios, com redução de custos de transação e eliminação de expedientes burocráticos.

Ao longo dos anos de 2020 e 2021 vivenciamos a importância dos Contratos Eletrônicos em razão dos efeitos deletérios da pandemia da COVID-19, que impossibilitou a interlocução presencial entre os atores do contrato e o tradicional hábito dos rituais de assinaturas manuscritas. A sociedade teve que recorrer à solução por meio dos métodos eletrônicos de contratação para a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas contratuais.

Os Contratos Eletrônicos são utilizados para materializar diversos tipos de operações, desde contratos que são objeto de intensas negociações entre as partes contratantes, como àquelas que, por serem realizadas de forma recorrente, contínua e padronizada, são materializadas por meio instrumentos-modelo usualmente denominados como “Termos e Condições Gerais” (em inglês “*terms and conditions*”).

Apesar de mais conhecido popularmente nas relações de consumo, que não são objeto de análise do presente artigo, o instrumento dos Termos e Condições Gerais é largamente utilizado nos negócios, para operações de elevada recorrência e/ou impossibilidade operacional de negociação individual com cada contraparte contratual com quem o agente econômico vier a interagir para estabelecimento de relações jurídico-comerciais.

Dentro desta perspectiva, é usual que tal instrumento, geralmente concebido em formato não editável, tenha o seu envio automatizado pelos sistemas operacionais das empresas, acompanhando documentos eletrônicos de ordens de compra e/ou venda, conforme o caso, os quais são enviados por uma parte à outra<sup>2</sup>. O envio manual por correio eletrônico do documento por

---

<sup>1</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p.12.

<sup>2</sup> Rodrigo Fernandes Rebouças intitula tais operações como “Contratações Intersistêmicas”, explica o autor: “[...] tal forma de contratação ocorre nas hipóteses em que são realizadas operações de compra e venda, por exemplo, de forma automatizada entre um distribuidor e o produtor. Ou seja, são hipóteses em que houve uma prévia programação pelos representantes legais de cada uma das sociedades empresárias ou do próprio consumidor, no sentido de que ao realizar a venda de um produto para outra parte, ou para o consumidor, o sistema irá automaticamente realizar a baixa de tal produto no estoque e, havendo necessidade, emitirá uma ordem automática de compra junto ao produtor

um preposto de uma empresa ao preposto da contraparte também é prática frequente em algumas indústrias.

Sem embargo da importância e essencialidade dos Contratos Eletrônicos no comércio jurídico, notadamente em tempos de pandemia, indaga-se: como os Contratos Eletrônicos juridicamente se formam e se tornam vinculantes entre as partes?

O objetivo do presente artigo é trazer reflexões sobre as referidas indagações com base nos institutos já previstos na legislação civil, trazendo como enfoque a declaração negocial validamente emitida pelas partes contratantes em relação a determinadas modalidades de Contratos Eletrônicos comuns na prática empresarial.

## 1 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os Contratos Eletrônicos são contratos como todos os demais. Sim, a mensagem é redundante, porém dogmaticamente relevante. Não estamos tratando, pois, de uma nova espécie de negócio jurídico. Tratam-se apenas de contratos que adotam uma forma específica para a veiculação da declaração negocial, isto é, a forma eletrônica. É por esta razão que Paulo Sá Elias afirma, que “[...] todos os princípios existentes no Direito contratual são aplicáveis às avenças celebradas por via eletrônica”<sup>3-4</sup>.

Como é cediço, o contrato consiste em espécie de negócio jurídico, cujo pressuposto reside no consentimento entre as partes, materializado na declaração negocial<sup>5</sup>. Este é o princípio estrutural do contrato – o consensualismo – que indica que os contratos, como regra geral, aperfeiçoam-se pelo mero consenso entre as partes, por meio da manifestação de consentimento recíproco de partes em relação à avença.

Por meio do contrato, os integrantes da relação jurídica, no exercício de sua autonomia privada<sup>6</sup>, regulam os direitos e obrigações que vincularão as partes, observados os parâmetros legais definidos em nosso ordenamento jurídico<sup>7</sup>.

---

para a reposição dos níveis do estoque”. REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 52.

<sup>3</sup> ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex Editora, 2008, p. 154.

<sup>4</sup> Em artigo específico sobre contratos eletrônicos, Anderson Schreiber, embora reconheça que os referidos contratos não “sejam um mundo à parte”, destaca algumas particularidades deste tipo de contratação, *in verbis*: “Os chamados contratos eletrônicos não representam um mundo à parte, estranho ao direito dos contratos ou governado por regras próprias. Não se trata de uma dimensão paralela que somente aparenta similaridade com a realidade tradicional, como uma espécie de Matrix, lembrada na epígrafe a este artigo. A contratação eletrônica traz inúmeras questões novas, mas se insere no tratamento sistemático dos contratos no direito brasileiro. Seus pontos de dissonância com a teoria geral tradicional representam frequentemente oportunidades para rever dogmas rígidos que já não se justificam mais, nem mesmo fora do ambiente eletrônico (como se viu na discussão pertinente à prova do contrato). Noutros casos, trata-se de instituir novos mecanismos jurídicos de proteção contra novos riscos que surgem especialmente – mas nem sempre de modo exclusivo – no ambiente eletrônico”. SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos no direito brasileiro formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento**. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 88-110, jul./set. 2014.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. São Paulo: [S.I.], 1986.

<sup>6</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

<sup>7</sup> Destaque para o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil de 2002. “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Em sentido equivalente, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

No ambiente empresarial em que se fazem presentes agentes econômicos paritários, o contrato representa importante instrumento para as partes no sentido de disciplinar detalhadamente as regras, que deverão ser observadas no decorrer da relação contratual. Este exercício negocial entre os interlocutores contratuais leva em consideração diversos fatores, notadamente as características da operação econômica objeto da regulação contratual e os riscos emergentes da convenção.

O produto desta atividade negocial – o contrato – projeta efeitos jurídicos, econômicos e sociais para as partes e para terceiros, compreendendo a legítima expectativa recíproca e voluntária de cumprimento da avença pelas partes contratantes e o reconhecimento jurídico-institucional do contrato, como instrumento que deve ser assegurado e preservado pelas instituições, em especial o Poder Judiciário.

Dentro deste contexto, é absolutamente legítimo que as partes, no exercício da autonomia privada, possam estabelecer consensualmente previsões contratuais, de forma a prever direitos e obrigações que buscam distribuir e alocar as responsabilidades e riscos potencialmente advindos da relação jurídica no escopo individual de cada uma das partes.

A este respeito vale mencionar as disposições do art. 113, V, § 2º, art. 421 e seu parágrafo único e o art. 421-A, que reforçam o conteúdo valorativo da autonomia privada, *in verbis*:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Como decorrência da autonomia privada, é conferido às partes a prerrogativa de eleger livremente a forma por meio da qual o contrato será instrumentalizado, salvo os casos previstos expressamente em lei. De acordo com Nathalia Masson, a forma “[...] segundo uma definição geral, é a modalidade através da qual a vontade do particular se manifesta no exterior”<sup>8</sup>.

---

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>8</sup> MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169-170.

Este conceito é traduzido pelo princípio da liberdade das formas, expressamente adotado pelo art. 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual “[...] a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Com efeito, o sistema privilegiou a liberdade das formas com o objetivo de assegurar a autonomia privada das partes contratantes, que, dessa maneira, estão livres para fazer uso de qualquer forma para a exteriorização da declaração negocial e, conseqüentemente, para a celebração de negócios jurídicos<sup>9</sup>.

Os Contratos Eletrônicos, portanto, representam instrumentos resultantes da autonomia privada conferida aos agentes econômicos, que, no exercício da liberdade contratual, optam por celebrar o negócio jurídico por meio da forma eletrônica, podendo se manifestar, por exemplo, por meio de troca de correspondências eletrônicas e/ou *chats* interativos com conteúdo de proposta e aceitação<sup>10</sup>, contrato gerado e assinado eletronicamente entre as partes por meio de sistema ou *software* por elas livremente escolhido e até mesmo por meio de Termos e Condições Gerais entabulados eletronicamente entre as partes, de forma sistemicamente automatizada ou não, desde que depreendida a declaração negocial de contratar, expressa ou tacitamente, segundo os ditames da lei civil.

Nesta perspectiva, os Contratos Eletrônicos, por serem juridicamente contratos, também são considerados existentes, válidos e eficazes quando verificada a emissão de declaração negocial livremente exteriorizada, depreendida dos meios eletrônicos. Esta conclusão também encontra respaldo no princípio da equivalência funcional entre os suportes físicos e eletrônicos dos contratos, conforme explicação de Fábio Ulhoa Coelho:

Pelo princípio da equivalência funcional, afirma-se que o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel. Aceita essa premissa, não há razões para se considerar inválido ou ineficaz o contrato só pela circunstância de ter sido registrado em meio magnético. Do princípio da equivalência funcional decorre a regra de que nenhum ato jurídico pode ser considerado inválido pela só circunstância de ter sido celebrado por transmissão eletrônica de dados. O suporte virtual, em outros termos, não pode servir à invalidação do contrato, porque não aumenta as incertezas apresentada por determinado negócio jurídico<sup>11</sup>.

No caso dos Contratos Eletrônicos, portanto, as declarações negociais são manifestadas pela via eletrônica, sendo esta entendida como o ambiente cibernético de troca de dados por meio

<sup>9</sup> Em caráter excepcional, contudo, em razão dos interesses tutelados ou por simples política legislativa, a lei impõe que o ato deve observar uma determinada forma especial para ser válido. É o caso, por exemplo, dos negócios jurídicos envolvendo direitos reais, nos termos do art. 108 do Código Civil, com valores superiores a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. A observância ao requisito da forma está prevista no art. 104, inciso III, e no art. 166, incisos IV e V, todos do Código Civil de 2002, e o seu não cumprimento poderá ensejar a invalidade ou a ineficácia, a depender da sanção cominada pela lei. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>10</sup> O autor Rodrigo Fernandes Rebouças classifica tais operações como “Contratações Interpessoais”, as quais “[...] são essencialmente caracterizadas pela necessidade de ação humana de forma direta, envolvendo os momentos da oferta ou da proposta e o momento do aceite ou da nova proposta (contraproposta), ambas as ações demandam a ação humana e a respectiva declaração de vontade. [...] As contratações interpessoais são usualmente realizadas por troca de correspondência eletrônica (contrato “entre ausentes”), por meio de chats ou sistemas de mensageria instantânea (contrato “entre presentes”) e atualmente podemos também pensar nas situações envolvendo redes sociais e micro blogs (v.g. Twitter) que dependendo da forma com que é utilizado poderá ser configurada como contrato “entre presentes” ou “entre ausentes”. REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 41.

<sup>11</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, Vol. III**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

do qual as manifestações de vontade navegam ao encontro de uma com a outra, perfazendo o Contrato Eletrônico<sup>12</sup>.

Neste mesmo sentido, explica Erica Brandini Barbagalo, *in verbis*:

[...] a distinção entre contrato eletrônico e contrato tradicional está no meio utilizado para a manifestação das vontades e na instrumentalidade do contrato – o que assegura aos contratos eletrônicos características peculiares – definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si<sup>13</sup>.

No que tange à prova do Contrato Eletrônico, fazemos alusão ao art. 225 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

O referido dispositivo é claro, portanto, ao estatuir que a reprodução eletrônica de fatos e coisas fazem prova plena destes, ressalvado a prerrogativa de impugnação da parte contra quem a reprodução eletrônica foi oposta.

O Enunciado 297 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal também referendou o valor probante dos documentos eletrônicos ao estatuir que: “[...] o documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada”.

O Código de Processo Civil (CPC/15) regulou a matéria dispondo, nos termos do art. 441, que: “[...] serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”. Do mesmo modo, o art. 369 do diploma processual dispõe que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Não podemos deixar de mencionar, ainda, o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, previsto no art. 371 do CPC/15, segundo o qual este pode apreciar livremente as provas, de modo a formar seu entendimento<sup>14</sup>.

A 3ª Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial 1495920/DF, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não somente reconheceu a validade do documento eletrônico, como também a sua força executiva. Abaixo transcrevemos trechos da ementa do mencionado julgado, os quais mostram-se fundamentais para o presente artigo:

3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual.

<sup>12</sup> Estão excluídos deste conceito, portanto, os contratos celebrados pela forma física e assinados de forma manuscrita ou que forem escaneados ou “digitalizados”. Estes instrumentos não são eletrônicos em essência, mas as suas vias digitalizadas podem ser usadas para algum expediente eletrônico.

<sup>13</sup> BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de rede de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

<sup>14</sup> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico.

5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados.

6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos<sup>15</sup>.

Há outros julgados de tribunais estaduais no mesmo sentido<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> STJ, Terceira Turma, REsp 1495920, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 15/05/2018, publicado no DJe 07/06/2018 (RT vol. 994 p. 822). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp.1495920. Ministro Relator: Paulo tarso Sanseverino. Data de julgamento: 15 mai. 2018. Recurso especial. Civil e processual civil. Execução de título extrajudicial. Executividade de contrato eletrônico de mútuo assinado digitalmente (criptografia assimétrica) em conformidade com a infraestrutura de chaves públicas brasileira. Taxatividade dos títulos executivos. Possibilidade, em face das peculiaridades da constituição do crédito, de ser excepcionado o disposto no art. 585, inciso II, do CPC/73 (art. 784, inciso III, do CPC/2015). Quando a existência e a higidez do negócio puderem ser verificadas de outras formas, que não mediante testemunhas, reconhecendo-se executividade ao contrato eletrônico. Precedentes. **Diário de Justiça Eletrônico**, RT vol. 994, p. 822, 07 jun. 2018

<sup>16</sup> Apelação nº 1.002406.1322160/002, julgada pela 16ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgamento realizado em 19/12/2007. MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível AC 1.002406.1322160/002 Belo Horizonte. (16ª Câmara Cível). Relator: Nicolau Masselli. Data de julgamento: 19 dez. 2007. Ação cobrança. Prestação de serviços educacionais. Contrato eletrônico. Relação jurídica demonstrada. O contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, de maneira que o instrumento contratual firmado por meio eletrônico é apta a demonstrar a relação jurídica entra as partes. **Diário de Justiça**, 15 fev. 2008. TJSP, Apelação Cível 1003345-75.2020.8.26.0318; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Leme - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/04/2021. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível AC 1003345-75.2020.8.26.0318. (22ª Câmara de Direito Privado). Relator: Alberto Gosson. Data do julgamento: 08 abr. 2021. Ação monitoria. Contrato bancário. Para o ajuizamento do pedido monitorio faz-se necessária a apresentação de documento previamente apurado, líquido, exigível, sem força executiva, Inocorrência de cerceamento de defesa. Prova pericial que é desnecessária à solução do mérito, cujo teor abrange questão exclusivamente de direito. Diante da presença do instrumento contratual e do demonstrativo de cálculo, que indica com clareza o valor e a evolução da dívida, com a liquidez necessária para embasar a ação monetária, deve ser mantida a R. sentença que rejeitou os embargos e acolheu o pedido monitorio. Celebração do empréstimo mediante terminal de autoatendimento que não pode ser utilizada, por si só, como elemento para obstar a exigibilidade do crédito tomado pelo correntista, que se beneficiou da quantia recebida por meio de transação realizada com chip dotado de senha intransferível. Tomadora que, no momento da contratação, obteve todas as informações referentes a juros remuneratórios, com exposição detalhada do número de parcelas e de seus termos inicial e final, o que evidencia, à luz da boa-fé objetiva, o seu consentimento informado em tornar-se mutuário. Os contratos eletrônicos expressam modalidades previstas em leis (contratos nominados ou contratos típicos) ou modalidades permitidas pelo princípio da liberdade contratual, os denominados contratos inominados ou atípicos, sendo certo que os contratos eletrônicos não constituem uma modalidade contratual per se. Os contratos podem ser veiculados por meio eletrônico desde que entabulados dentro das balizas modeladas pelo respeito as normas cogentes, aos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico, e tal forma de expressão e comunicação lhes assegura os atributos de existência, validade e eficácia no âmbito do ordenamento jurídico com respeito aos requisitos básicos de: livre manifestação da vontade, presença de dois ou mais sujeitos de direito, capacidade civil e legitimação para o ato que está sendo praticado. Prescrição quinzenal (art. 206, § 5º, I, CC). Inexistência. Empréstimo que foi tomado e, 23/11/2018, com a demanda ajuizada em 01/10/2020. Capitalização de juros em periodicidade inferior à anual. Tabela Price. Possibilidade. Contratos bancários firmados na vigência da Medida Provisória nº 1.963.17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada. Jurisprudência do colendo do STJ. Entendimento do excelso STF. Suficiência da previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal para autorizar a cobrança da taxa efetiva anual contratada (Súmula nº 541 do STJ). Recurso desprovido. **Diário de Justiça**, 08 abr. 2021.

Neste contexto, é ponto pacífico no direito brasileiro que os Contratos Eletrônicos consistem em negócios jurídicos plenamente válidos e eficazes, sendo admitida a sua prova por documentos eletrônicos que os consubstanciam.

Contudo, o tema se reveste de maior complexidade quando nos debruçamos sobre os aspectos relacionados à exteriorização da declaração negocial pelas partes contratantes e seu alcance e eficácia nos Contratos Eletrônicos, como passaremos a expor.

## 2 DECLARAÇÃO NEGOCIAL E FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como negócio jurídico que são, os Contratos Eletrônicos exigem a presença de ao menos uma declaração negocial. Isso porque, “[...] não há negócio jurídico que não tenha em seu suporte fático pelo menos uma declaração de vontade”<sup>17</sup>.

As referidas declarações devem ser destinadas à produção de efeitos jurídicos concretos. Neste sentido, os efeitos jurídicos não devem ser constatados a partir da vontade íntima do sujeito emissor da declaração, tampouco da declaração isoladamente, mas sim em razão do cotejo da referida declaração no contexto social em que fora lançada, de modo que seja “[...] socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos”<sup>18</sup>.

Com efeito, diversamente do que pensam os autores adeptos da teoria da vontade ou voluntarista, em que o negócio jurídico é visto como um ato de vontade interna do sujeito<sup>19</sup>, assim como em contraposição aos autores adeptos da teoria da declaração ou objetivista<sup>20</sup>, que sustentam que a declaração deve prevalecer sobre a vontade interna, o enfoque deve se dar na declaração “[...] vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”<sup>21</sup>.

Logo, a declaração que deve se fazer presente no negócio jurídico é qualificada, assumindo, pois, a natureza de declaração negocial<sup>22</sup>. Sobre esse ponto, explica Antônio Junqueira de Azevedo:

---

<sup>17</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [S.I.], 1986, p. 16.

<sup>18</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [S.I.], 1986, p. 21.

<sup>19</sup> Boa parte da tradicional doutrina de direito civil nacional, ao definir o negócio jurídico, faz menção à vontade. É o caso, por exemplo, de autores como Washington de Barros Monteiro. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 183.

<sup>20</sup> Antônio Junqueira de Azevedo faz a seguinte referência à teoria objetivista, in verbis: “[...] segundo Scognamiglio, as primeiras concepções do negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista e que, portanto, o encararam de forma mais objetiva foram as de Brinz e Thon; ambos viram, no negócio, antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade. Posteriormente, o ataque às concepções tradicionais agravou-se com o debate entre a teoria da vontade (willentheorie) e a teoria da declaração (erklarungstheorie); embora tal assunto, nesta obra, seja desenvolvido mais adiante, porque diz respeito diretamente a qual papel atribuir à vontade no negócio jurídico, não podemos deixar de apontar, desde agora, que os partidários da teoria da declaração, mesmo admitindo que, nas situações normais, o negócio jurídico corresponde à vontade, ao defenderem, por uma proteção ao comércio jurídico, a predominância da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva, em caso de divergência entre ambas, abriram larga brecha para que o negócio jurídico deixasse de ser visto como um ato de vontade”. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 10.

<sup>21</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

<sup>22</sup> O conceito de declaração negocial está em sintonia com a teoria da confiança, adotada pelo Código Civil de 2002, que superou a teoria da vontade e a teoria da declaração. Nesse sentido, expõe Judith Martins-Costa, que: “[...] as regras

Percebe-se, assim, que a declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, não é qualquer declaração de vontade; há de ser uma hipótese específica. Poder-se-ia dizer, num primeiro momento, com a teoria voluntarista do século passado, que o que a distingue é o fato de o sujeito visar diretamente obter efeitos jurídicos. Acontece, porém, que, para obter 'efeitos jurídicos', deve o sujeito atuar dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade. Segue-se daí que essa declaração de vontade – declaração negocial – passa a se distinguir das demais, não pela vontade do sujeito, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida<sup>23</sup>.

A declaração negocial, quanto à forma, pode ser expressa, tácita ou presumida. Segundo a doutrina tradicional, será expressa quando as partes contratantes se utilizem de qualquer veículo para exteriorizá-la no mundo civil, por palavras, escritas ou orais, e até mesmo por mímica<sup>24</sup>, desde que o sujeito se exprima por um gesto tradutor de seu querer. Por outro lado, será tácita a declaração negocial quando surgem do comportamento, atos e fatos dos contratantes<sup>25</sup>. Poderá, ainda, ser presumida a declaração de vontade quando, em não sendo expressa, a lei deduz do comportamento do sujeito<sup>26</sup>, como ocorre nos casos de presunção de pagamento (arts. 322<sup>27</sup>, 323<sup>28</sup>, e 324<sup>29</sup> do Código Civil) ou com a presunção de remissão, conforme art. 387<sup>30</sup> do Código Civil<sup>31</sup>.

Conclui-se, portanto, que o consentimento do sujeito, em superação às antigas teorias da vontade e da declaração, é aferido a partir da declaração negocial, que, por sua vez, consiste na declaração que, no contexto negocial e social em que foi emitida, gera a crença social de que está plenamente apta a produzir determinados efeitos jurídicos. O conceito da declaração negocial tem por pressuposto um elemento objetivo, que é a sua recepção, no ambiente social em que foi veiculada, como instrumento hábil a transmitir um significado negocial.

---

centrais estão nos arts. 112, 113 e 114 do Código Civil. Pela primeira foi acolhido, como já se viu, a Teoria da Confiança, um meio termo entre a Teoria da Vontade e a Teoria da Declaração, razão pela qual a atenção do intérprete deverá estar voltada à intenção tal qual exteriorizada, buscando-se o sentido da declaração em vista de um determinado contexto, fático e normativo. No art. 113 está o direcionamento aos elementos contextuais. Consequentemente, ao menos prima facie, o sentido da manifestação há de ser obtido não apenas pela sua literalidade, mas na correspondência a padrões de correção e lealdade (boa-fé) e ao que é usual no específico setor em que situado o negócio jurídico". MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 499-500.

<sup>23</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo, [S.I.], 1986, p. 20.

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 512.

<sup>25</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 512.

<sup>26</sup> Como a lei deduz objetivamente do comportamento do sujeito uma declaração com significado, alguns autores entendem que a declaração negocial presumida, na verdade, está abrangida na declaração negocial tácita. AZEVEDO. Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [S.I.], 1986, p. 18-19.

<sup>27</sup> "Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores". BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>28</sup> "Art. 323. Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos". BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>29</sup> "Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento". BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>30</sup> "Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida". BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>31</sup> NANNI, Giovanni. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

Trazendo os conceitos acima para a prática empresarial dos Contratos Eletrônicos, temos que estes também serão depreendidos das declarações negociais veiculadas pela modalidade eletrônica, sendo certo que inexistente no Direito brasileiro qualquer proibição para esta forma de veiculação da declaração negocial. Neste mesmo sentido, Ana Paula Gambogi Carvalho assim se pronuncia:

O Direito brasileiro não possui qualquer preceito que proíba a declaração da vontade transmitida por meios digitais. Não havendo, portanto, norma proibitiva, as vontades das partes podem ser produzidas e/ou transmitidas eletronicamente. A questão da declaração da vontade automatizada encontra no Direito brasileiro a mesma resposta oferecida pelo Direito alemão: mesmo a declaração de vontade produzida por um computador tem a sua origem em um comando humano, sendo, portanto, perfeitamente válida<sup>32</sup>.

A título de exemplo, quando as partes optam por negociar, gerar e assinar eletronicamente um contrato através de um *software* escolhido por elas é ponto pacífico que temos um Contrato Eletrônico vinculante e revestido de exigibilidade. A mesma conclusão será para os Contratos Eletrônicos paritários consentidos livremente por meio de um *click* em que o usuário-cliente concorda com os Termos e Condições Gerais veiculados em sistema eletrônico ou pelo *website* do fornecedor para a consumação de uma determinada operação.

A respeito dos documentos celebrados por meio de lançamento de assinaturas eletrônicas<sup>33</sup>, a Medida Provisória n.º 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), Medida Provisória (MP) n.º 2.200, regulamentou o tema, estabelecendo em seu art. 10, § 1º, o processo específico de certificação digital pública da ICP-Brasil, como também a possibilidade de metodologia de certificação privada, nos termos do § 2º, que é claro ao dispor que:

[...] o disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Somado a isso, o Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 219, *caput*, que “[...] as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Dessa forma, em razão do revestimento legal conferido às assinaturas eletrônicas no âmbito do ICP-Brasil à luz da MP n.º 2.200, é possível afirmar que a lei conferiu presunção relativa no que tange à autenticidade do documento assinado eletronicamente. Isso significa que faz prova em favor de quem alega, cabendo a quem arguir a sua falsidade o ônus de provar a irregularidade apta a macular o negócio jurídico pactuado.

Logo, admite-se<sup>34</sup> no direito brasileiro a celebração de contratos por meio de assinaturas eletrônicas pelos métodos de certificação digital pública e privada, sendo que, neste último caso, é recomendável que as partes reconheçam expressamente tal procedimento para mitigar eventual questionamento relacionado ao documento eletrônico.

<sup>32</sup> CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63.

<sup>33</sup> Renan Lotufo explica que a palavra “assinar vem do latim *assignare*, que significa pôr um sinal, marcar com seu nome ou sinal”. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232), Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 577.

<sup>34</sup> Corroborar com tal observação o fato de a assinatura eletrônica ser um expediente utilizado no âmbito do próprio Poder Judiciário, no contexto do processo eletrônico, nos termos da Lei n.º 11.419/2006, que cria o chamado “processo eletrônico”. BRASIL. Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 20 dez. 2006.

No que tange à formação dos contratos em geral, segundo a regra geral do Código Civil de 2002, esta se dá quando se verifica a convergência entre declarações que materializem proposta e aceitação. Assim, consoante art. 427 do Código Civil de 2002: “[...] a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Especificamente nas relações jurídicas entre ausentes, regula a lei, nos termos do art. 428, II, que a proposta deixa de ser obrigatória, quando enviada sem prazo fixado para resposta, se “[...] tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente [...]”; ou, se fixado prazo para resposta, segundo o art. 428, III, “[...] não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado”. Caso a aceitação tenha sido realizada fora do prazo, ou tenham sido requeridas adições, restrições ou modificações, esta será considerada nova proposta a ser avaliada pelo proponente original, agora oblato. Este é o teor do art. 431 da Lei Civil<sup>35</sup>.

Emblemático, vale dizer, o teor do art. 432<sup>36</sup>, que prevê o aperfeiçoamento do contrato nos negócios em que não seja costume a aceitação expressa, caso a recusa à proposta não tenha chegado a tempo.

Pois bem. Feito este apanhado jurídico-dogmático acerca da formação dos contratos em geral, pensemos na situação em que um fornecedor envia uma proposta de venda de um determinado bem por correio eletrônico, acompanhada de um instrumento eletrônico com Termos e Condições Gerais, ao seu potencial cliente que, por sua vez, aceita expressamente a proposta e os Termos e Condições Gerais, fato este que o proponente tomou inequívoco conhecimento. Neste caso temos a formação de um Contrato Eletrônico perfeito e acabado, materializado em correios eletrônicos, com incidência direta dos arts. 107<sup>37</sup>, 427<sup>38</sup> e 434, *caput*<sup>39</sup>, do Código Civil de 2002.

Do mesmo modo, quando um determinado cliente ingressa no *website* de seu fornecedor, mediante *login* e senha a ele disponibilizado, aceita os Termos e Condições Gerais como condição prévia à realização de uma compra e ao final pratica os atos de consumação da operação, também temos o aperfeiçoamento de um Contrato Eletrônico entre as partes.

Os exemplos acima ilustram típicos casos de negócios jurídicos estabelecidos mediante a veiculação de declarações negociais expressas, ou seja, os agentes econômicos envolvidos na operação aceitaram inequivocamente os termos dos documentos eletrônicos que consubstanciaram o Contrato Eletrônico.

O tema adquire novos contornos, quando passamos a explorar hipóteses de Contrato Eletrônico entabulado por meio de declarações negociais tácitas, isto é, depreendidas dos atos e comportamentos das partes convenientes. Tomemos o mesmo exemplo em que um fornecedor

<sup>35</sup> Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>36</sup> Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>37</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002;

<sup>38</sup> Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>39</sup> Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: [...]. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

envia um correio eletrônico com conteúdo de proposta de venda de determinado bem a seu potencial cliente, fazendo referência expressa e anexando um instrumento eletrônico com Termos e Condições Gerais ao e-mail, sendo que, neste caso, o cliente não responde à oferta consubstanciada no correio eletrônico, mas prossegue operacionalmente com o negócio, realizando o pagamento e consumindo o produto que fora fornecido. Podemos afirmar categoricamente que um Contrato Eletrônico se formou? Em que extensão? Tais questões não são triviais<sup>40</sup>.

Temos a percepção que a situação retratada no referido exemplo retrata uma relação jurídica de compra e venda, com incidência das regras inderrogáveis que incidem no regime jurídico deste contrato típico. Isto porque, verifica-se a presença dos elementos essenciais categoriais deste negócio jurídico<sup>41</sup>, a saber, preço, coisa e consentimento, este materializado com a execução efetiva dos atos correspondentes à realização do negócio jurídico pelas partes, notadamente a fabricação e entrega da coisa, mediante contraprestação pecuniária (pagamento do preço). Neste sentido, pois, teria o comprador, parte de um contrato comutativo sobre uma coisa, os direitos e garantias correspondentes, a exemplo da garantia dos vícios redibitórios, nos termos do art. 441<sup>42</sup> do Código Civil de 2002.

Porém, com relação aos Termos e Condições Gerais, a vinculação ao instrumento depende de algumas premissas, especialmente a compreensão da existência de declaração negocial, expressa ou tácita, também endereçada à aceitação dos referidos Termos e Condições Gerais; e das circunstâncias negociais, ou seja, a configuração de um ambiente social do qual seja possível depreender a declaração destinada à produção de efeitos jurídicos também em relação aos Termos e Condições Gerais.

No exemplo hipotético acima apresentado, seria plausível esperar que o comprador, caso tenha interesse jurídico em desvincular-se do vínculo em relação ao instrumento de Termos e Condições Gerais, alegue que jamais consentira com o referido documento eletrônico, já que não teria veiculado qualquer declaração negocial especificamente destinada à aceitação do referido instrumento.

Contudo, embora silente em relação à concordância aos termos do instrumento, se a prática de Termos e Condições Gerais for algo inerente ao mercado do produto comercializado<sup>43</sup>, sendo de amplo conhecimento de seus participantes que recorrentemente adotam este modelo transacional, não sendo o costume estabelecido no ambiente negocial a obtenção de uma concordância expressa, seria possível sustentar a formação, e conseqüente vinculação, pelo comprador, a todas as disposições constantes do instrumento de Termos e Condições Gerais que serviram de base para a referida operação de compra e venda, já que emitira uma declaração negocial

---

<sup>40</sup> Embora relevante para análise jurídica do caso concreto, não analisaremos as questões relativas à representação das partes envolvidas, aplicabilidade ou não da teoria da aparência e demais questões correlatas.

<sup>41</sup> Esclarecedora é a explicação de Antonio Junqueira de Azevedo acerca dos elementos categoriais, conforme trecho de sua obra que passamos a transcrever: “[...] os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e jurisprudência constroem. Na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de natureza de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir a categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que por isso, o negócio mude de tipo, são os elementos categoriais naturais ou derogáveis”. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

<sup>42</sup> Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>43</sup> O Art. 113, § 1º, inciso II, orienta a interpretação dos negócios jurídicos quando corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

tácita destinada à produção de efeitos jurídicos, consubstanciada na prática de atos de consumação da compra e venda, em toda sua extensão e características, dado o ambiente em que a operação foi estabelecida. A ausência de objeção do comprador ao instrumento a ele direcionado também representaria fator importante para estender-lhe a vinculação aos termos previstos nos Termos e Condições Gerais.

A este respeito, vale dizer que o Código Civil de 2002 indica a possibilidade de o silêncio caracterizar anuência “[...] quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa [...]”, nos exatos termos do art. 111 do referido diploma legislativo. No mesmo sentido, o art. 432., dispõe que: “[...] se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Neste sentido, Rodrigo Fernandes Rebouças indica a possibilidade de silêncio “[...] como comportamento contundente e representativo da declaração de vontade na contratação eletrônica, especialmente nas situações de contratos intersistêmicos e interpessoais”<sup>44</sup>.

Evidentemente, o alcance das declarações negociais de vinculação aos Termos e Condições Gerais, especialmente àquelas definidas como tácitas, estão adstritas aos ditames legais. Sendo instrumentos tipicamente de adesão, serão inválidas as cláusulas que impliquem renúncia de direitos do aderente-aceitante resultantes da natureza da operação, consoante art. 424 do Código Civil de 2002<sup>45</sup>. Do mesmo modo, em caso de ambiguidade ou contradição dos Termos e Condições Gerais, “[...] dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente [...]”, nos termos do art. 423 do mesmo diploma legal<sup>46</sup>. Por fim, disposições inseridas nos Termos e Condições Gerais que, pela sua natureza, exijam a declaração expressa, também poderão ter a sua validade e eficácia questionadas pela parte interessada, nos termos dos supramencionados arts. 111<sup>47</sup> e 432<sup>48</sup> do Código Civil de 2002.

## CONCLUSÃO

Em suma, os Contratos Eletrônicos assumiram grande relevância no contexto da sociedade atual, caracterizado pela transformação digital. São instrumentos jurídicos largamente utilizados na prática empresarial, possuindo importância estrutural na viabilização de negócios jurídicos no ambiente digital.

Com o infeliz advento da pandemia da COVID-19, a prática dos Contratos Eletrônicos foi substancialmente impulsionada, tendo em vista a impossibilidade de interação presencial entre as partes contratantes.

<sup>44</sup> REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 140.

<sup>45</sup> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>46</sup> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>47</sup> Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

<sup>48</sup> Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 1, 11 jan. 2002.

Os Contratos Eletrônicos se revestem da natureza jurídica de contratos em geral e se materializam quando depreendidas declarações negociais para a formação do vínculo jurídico. As declarações são exteriorizadas pela forma eletrônica, como manifestação do princípio da liberdade das formas. As declarações, por sua vez, podem ser expressas ou tácitas, mas sempre depreendidas por documentos veiculados em ambiente eletrônico.

Enquanto meio de prova, é pacífica admissibilidade dos documentos eletrônicos para a prova da existência do contrato, nos termos do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 2015. A respeito da assinatura eletrônica, esta pode ser utilizada e lançada por meio de certificação pública ou privada, observadas as condições previstas na MP n.º 2.200, que disciplina o regime jurídico dos documentos eletrônicos, visando a sua integridade e autenticidade.

Os Contratos Eletrônicos podem se formar por diversas maneiras, a exemplo: de troca de correios eletrônicos; utilização de *software*; estabelecimento de Termos e Condições Gerais; dentre outros, sempre por meio da forma eletrônica, sendo que as declarações negociais podem ser veiculadas nas formas: expressa; ou tácita, contanto que observados os institutos e princípios gerais do direito civil relativos à formação dos contratos em geral. O alcance das declarações dependerá de uma série de fatores, notadamente as circunstâncias negociais, como abordado no presente artigo.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [S.I.], 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de rede de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, Vol. III**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232), Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

NANNI, Giovanni. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. **Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia provada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 88-110, jul./set. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO SEGUNDO A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

**Ana Paula Baptista Marques**

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.  
anapaulabatista\_@hotmail.com

**Lourival José de Oliveira**

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná.  
lourival.oliveira40@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo propõe-se a analisar de que maneira a inserção das novas tecnologias influenciaram as relações de trabalho enfatizando a ordem econômica no que tange as garantias constitucionais dos trabalhadores, quando se trata do tema interação da máquina com o ser humano. Para isso destacam-se hipóteses para que o aprendizado mútuo dessa relação enquadre o ser humano em novas atividades laborais, ou até mesmo, qualificá-lo para que possa permanecer neste meio ambiente de trabalho com novas tecnologias, sem olvidar de seus direitos previstos na Constituição Federal, cuja manutenção do meio ambiente de trabalho equilibrado é essencial, devendo ser saudável, e, acima de tudo, digno a todos os trabalhadores. O método adotado nesta análise é o indutivo, que, mediante observação de casos concretos, permite a exploração teórica de uma proposta mais abrangente como resultado geral para as situações que se enquadram nesse contexto.

**Palavras-chave:** Novas tecnologias. Ordem econômica constitucional. Relações de trabalho.

*New technologies and labor relations according to the constitutional economic order*

**Abstract:** This article aims to analyze how the insertion of new technologies influenced labor relations emphasizing the economic order regarding the constitutional guarantees of workers, when it comes to the theme of the interaction of the machine with the human being. For this, hypotheses stand out so that the mutual learning of this relationship fits the human being in new work activities, or even, to qualify him so that he can remain in this work environment with new technologies, without overseeing his rights provided for in the Federal Constitution, whose maintenance of the balanced work environment is essential, and should be healthy, and should be healthy, and, above all, worthy of all workers. The method adopted in this analysis is the inductive, which, through observation of concrete cases, allows the theoretical exploration of a more comprehensive proposal as a general result for situations that fall within this context.

**Keywords:** New technologies. Constitutional economic order. Working relationships.

## INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos e a interação entre homens e máquinas, cada vez mais tênue demonstra que o ser humano tem (e ainda pode) “aprender” com a máquina e, não somente o inverso como se esperava, que seria sempre o homem demonstrando à máquina como realizar os afazeres cotidianos, especialmente, as atividades laborais, uma vez que, considerando a chegada da inteligência artificial já está rendendo resultados para o ser biológico, porém, essas são denominações ainda bastante criticadas.

Em uma realidade global, modificada pelas transformações socioeconômicas manifestadas e gradativamente transformadas em uma nova configuração, com a inserção de novas tecnologias nas relações de trabalho, no meio social e jurídico acabam se transformando e aquilo que parecia ser uma relação em uma só direção acabou se tornando em duplo sentido.

Assim, a antiga e clássica relação empregatícia – que remetia ao trabalho pessoal, não-eventual, subordinado e assalariado – e o concernente viés de proteção ao trabalhador ficam questionados e abalados por novos ideais de eficiência na condução do mercado, especialmente com a introdução de uma tecnologia que ousa produzir novos procedimentos, com interações contínuas com o ser humano.

Portanto, a competição globalizada no que diz respeito aos mercados econômicos, evolui de forma rápida e extremamente acirrada, promovendo ajustes contínuos, com o estabelecimento de metas dentro de um plano internacionalizado, servindo de justificativa para cada vez mais utilizar-se de uma tecnologia que surpreende o próprio modo de produção capitalista.

A busca por novos artifícios que propiciem a diminuição de custos à produção, o enxugamento das empresas e o aumento do consumo começam a galgar em direção ao topo da hodierna agenda capitalista e as políticas conhecidas como neoliberais se inserem naturalmente nesse ambiente promocional da nova eficiência administrativa.

Nessa compreensão, preliminarmente, o artigo em pauta enveredará numa exposição acerca dos principais impactos da tecnologia nas relações de trabalho, revelando conteúdos que foram redefinidos pela legislação laboral e, especialmente pela sociedade, evidenciando as modificações nos contratos de trabalho, especialmente, criando um novo ordenamento jurídico laboral, com novos contratos e relações trabalhistas, discutindo se realmente haverá maior facilidade para engendrar demissões, bem como a repercussão que os novos modelos de contrato laborais proporcionarão na vida dos trabalhadores.

Ademais, seguindo na mesma marcha, vislumbra-se, também, uma reflexão sobre como o valor do trabalho está sendo desmerecido em razão da busca incessante por lucros, no segundo capítulo deste artigo, em que traz a inserção dessas novas tecnologias de acordo com a ordem econômica constitucional, a fim de refletir que não se deve olvidar que, por trás da atividade em si, existe um ser humano, que, por sua vez, no exercício da função, oferece seu bem mais precioso: o tempo e a força de trabalho; ou, em outras palavras, uma grande parcela da sua vida e todos eles bens constitucionalmente garantidos.

Deste modo, a pesquisa em questão consubstancia-se na análise dos principais aspectos dos direitos constitucionais, como à vida do trabalhador, que poderão ser afetados com estas mudanças nos moldes contratuais trabalhistas brasileira somados às novas tecnologias e dando destaque à dignidade humana. À vista disso, justifica-se o presente artigo pela necessidade de proteção dos direitos dos trabalhadores face a inserção das novas tecnologias aplicadas as relações de trabalho, sendo eles, à integridade física, psíquica e moral das pessoas que desempenham seu labor.

Em derradeiro, tenciona-se contribuir, de algum modo, com o debate acerca de hipóteses para a valorização do trabalho humano por meio das inovações tecnológicas, alertando, neste último capítulo, para um tema tão significativo e delicado, que encerra, diretamente, os direitos dos trabalhadores, bem como a apreensão de que, o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio, no atual modelo econômico mundial, merece ser revista, já que, com a inserção das novas tecnologias, por exemplo, surgem novos moldes contratuais trabalhistas e o homem acaba por se configurar em, apenas, um objeto descartável nas mãos de um capitalismo, por via de regra, selvagem.

Quanto ao método envidado, elegeram-se, primordialmente, o indutivo, que, pela observação de questões particulares, permite que se extraíam conclusões mais abrangentes. Para tanto, foram utilizadas as leis a respeito do tema, especialmente, bibliografias, compostas por livros e periódicos científicos.

## **1 OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA TECNOLOGIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

As recentes crises econômicas, aliadas à falta de confiança e corrupção, têm tido um impacto destrutivo, de modo especial, sobre o mundo do trabalho e isto gerou o desemprego em massa e colocou em xeque o tradicional modelo de Direito Trabalhista que tutelava os trabalhadores de todos os setores da economia, por exemplo a reforma trabalhista em 2017, cujos ataques demonstraram vários dispositivos inconstitucionais em prejuízo à massa trabalhadora gerando o desemprego e a consequente extinção de diversos postos de trabalho (SOUTO MAIOR, J; SEVERO, V.S. 2017)

Embora o labor, para uma maioria, ainda seja o centro da vida, nota-se que é crescente o número de trabalhadores que não reconhecem esta esfera profissional, como um espaço de realização, reconhecimento e poder útil à sociedade, haja vista que ainda há uma minoria que desenvolve funções que permitem envolvimento e identificação com o labor (MORAN. 1995. p. 24-26).

Em poucas palavras, o recente conceito de trabalho está ligado a subsistência humana, cuja única orientação não mais permite a possibilidade de afirmação pessoal; ela somente une o trabalhador à sua vida, às suas necessidades imediatas, por influência dos efeitos ocasionados pelo avanço das novas tecnologias, que podem ser positivos ou negativos de acordo com a intensidade dos impactos das inovações nos diversos meio ambientes de trabalho (SACHUCK; TAKAHASHI; AUGUSTO. 2008. p. 44-46).

Nesta toada, a partir desta nova conjuntura, aquele modelo de Direito do Trabalho que, anteriormente, assegurava tutela aos trabalhadores ficou ameaçado pela rigidez do mercado de trabalho, do alto custo do emprego, sobretaxado pelos encargos legais, sendo tal medida, desfavorável aos níveis de emprego e consequentemente um estímulo ao atual contexto do desemprego.

Deste modo, para que estes trabalhadores não fiquem ameaçados ante ao surgimento das novas tecnologias, uma alternativa para que sejam positivos estes impactos poderia ser a flexibilização laboral, que se traduz pelo uso dos instrumentos jurídicos para o adaptação da produção, emprego e condições de trabalho à presteza e constância das flutuações econômicas, às inovações tecnológicas e outros subsídios, pois este atual contexto requer uma rápida adequação dos trabalhadores (SACHUCK; TAKAHASHI; AUGUSTO. 2008. p. 11-16).

É importante destacar que a flexibilização pode ser uma alternativa para redução da rigidez destas novas normas, desde que não haja a precarização em sua aplicação. De modo que, a flexibilização nestes moldes, convém para a proteção e adaptação em sentido favorável aos trabalhadores, entretanto, com as devidas cautelas, tendo em vista que não são justificadas apenas pelas causas econômicas e de desemprego, mas também pela introdução de novas tecnologias na empresa.

Nota-se que, cada inovação tecnológica bem sucedida modifica os padrões de lidar com a realidade anterior, isto é, muda o patamar de exigências do uso. Nesta linha, o surgimento das novas tecnologias no meio ambiente do trabalho com as tecnologias eletrônicas de comunicação

e de informação traduz-se na sociedade atual em novas maneiras de viver, de trabalhar, de se organizar, de representar a realidade e, especialmente, organizar o meio ambiente laboral.

Nesta toada observa-se que, no meio ambiente do trabalho e da robotização, na passagem da era industrial para a pós-industrial, com a consequente expansão do setor terciário, há exigência de novas revisões das condições de trabalho, inclusive em pequenas e microempresas que, muitas vezes, não podem utilizar a tecnologia mais sofisticada e necessitam da flexibilização para assegurar a própria sobrevivência (CHAHAD. 2003. p. 03-08).

Ocorre que, à luz da chegada de novas tecnologias no meio ambiente do trabalho ocasionou o aumento no número de trabalhadores informais, principalmente, dentre as pequenas e médias empresas e essa estatística engloba empregados, empregadores e trabalhadores por autônomos, todos eles ficam desprotegidos por não terem nenhum vínculo com a Previdência Social no Brasil (MPT. 2018).

Esse é o contexto, onde os custos da empregabilidade formal e das novas tecnologias são elevados, em razão dos encargos incidentes sobre a folha e não necessariamente dos direitos trabalhistas, a tendência é que os pequenos e médios empresários, que representam boa parcela do empresariado, optem por novas modalidades de contratuais, cuja contratação se dá mediante alternância de períodos em horas, dias ou meses determinados sendo mais baixos os custos destes trabalhadores, que, também são conhecidos como empregados informais (LOYOLA. 1999. p. 37-51).

Nessa linha, com o vigoroso processo de transformação de base tecnológica, as empresas viram-se obrigadas a rever seus modelos e sistemas de gestão, bem como revisar suas estruturas e analisar as necessidades de implantação de inovações tecnológicas. Para que essas mudanças sejam efetivas, já que, sem dúvida faz-se necessárias, as organizações atuais adotam as novas tecnologias, que geram impactos não somente em sua competitividade e, mas também de modo geral, nas relações de trabalho.

Em relação a competitividade, essas inovações impactam na esfera organizacional, à proporção que amortizam os custos ou, até mesmo, cooperam para a diferenciação dos negócios da empresa, otimizando a produtividade e a qualidade das invenções, bem como as técnicas de gestão empregadas. Embora no que diz respeito às relações de trabalho, também podem otimizar o funcionamento dos processos e da infraestrutura organizacional criando novas oportunidades de emprego, todavia também, extinguem postos de trabalho, pois distanciam o trabalhador, do entendimento em relação a esse novo contexto tecnológico (ALVES. 2001. p. 88-93).

Ocorre que, a inclusão das novas tecnologias nas relações de trabalho desencadeia efeitos antagônicos aos trabalhadores, por um lado, faz-se imperativa a qualificação visando certificar o trabalhador para atuar a partir de novas tecnologias, por outro lado, muitas vezes, a permuta do homem pela máquina, ao passo que a força de trabalho, fica em segundo plano em um contexto marcado pela forte presença da automação.

Uma vez que a inserção das novas tecnologias nas relações de trabalho corrobora no meio pelo qual o capital tem extensas possibilidades de conter o ritmo, a intensidade do trabalho e organizá-lo do jeito que melhor lhe acordar, sendo essa uma asseveração que a inovação tecnológica exerce o papel de reafirmar a influência sobre o saber do trabalhador e sobre a divisão do labor. (SOUTO MAIOR; SEVERO. 2017).

Nesta linha, também compreende que a tecnologia não é uma variável, mas sim alvitre das relações sociais de produção sob as quais foi desenvolvida e ante essa negativa, pode-se descartar a concepção de que a convivência com as novas tecnologias pode ser favorável aos

interesses dos trabalhadores, visto que estes nem sempre são parte integrante do sistema de produção e, assim, podem ou não cooperar com seu advento. (GOMES; GONÇALVES. 1993.P. 121-142).

A partir desses argumentos em relação aos impactos tecnológicos sobre o emprego alude-se o binômio da competitividade e produtividade, essa junto à nova tecnologia, restam evidenciados os aspectos negativos decorrentes da redução de mão-de-obra.

Aquela, quando ponderada aos avanços tecnológicos tende a avultar efeitos positivos oriundos da expansão do mercado ligado a produção constituindo na realocação espacial dos locais de trabalho, menor número de pessoas trabalhando por metro quadrado, nas novas direções dos fluxos dessa produção, sem contar nas melhores condições de ventilação e temperatura, logo, traz benefícios como, por exemplo, diminuição dos desgastes físico e mental, dos tipos de acidentes devido ao menor ritmo de trabalho instaurado pelo trabalho remoto (home office). (DEJOURS. 1992. p. 72-81).

Cabe evidenciar como consequência direta a reestruturação organizacional que tem tanto provocado a substituição de determinadas atividades humanas, como facilitado o gerenciamento, como ponto positivo direcionado às habilidades de todos os trabalhadores que, deverão sofrer alterações, já que eles, imediatamente, saberão trabalhar com as novas tecnologias inseridas em seu ambiente de trabalho (FLEURY. 1997. p. 92-110).

Contudo, esse é um debate que está longe de chegar ao fim. Conforme acima mencionado, anteriormente acreditava-se que o ser humano quem ditaria às regras para as máquinas, porquanto, ainda existiam atividades necessariamente humanas. Nada obstante, nos dias atuais, também a máquina tem “ensinado” ao ser humano como realizar diversas atividades, notadamente, laborativas.

## **2 A INSERÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE ACORDO COM A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

A partir da análise legislativa constata-se que a substancial relevância dos direitos da personalidade, pois estão, umbilicalmente, ligados à dignidade do trabalhador no meio ambiente de trabalho resgatando o tema, têm por objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana e são direitos subjetivos de ordem física, psíquica e moral.

Desse modo, a soma da Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X), que elencam um rol exemplificativo dos direitos da personalidade; dentre eles: direito à honra, à imagem, à intimidade, à liberdade de ação, à autoestima, à sexualidade, à saúde, ao lazer e que o ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade e, ainda complementa, que a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto (DE CUPIS. 1961. p. 124-132).

De igual modo, considerando a Constituição Federal, em seu art. 170, certifica, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos os seres humanos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado como princípios a defesa do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Deste modo, o homem não deve ser privado apenas em seu patrimônio, mas sim, sobretudo, em sua essência, portanto, de direitos fundados na dignidade humana, como deve ser estabelecida, além de projetar e assegurar todos os demais direitos na sociedade previstos na Constituição Federal. (CANTALI. 2009, p. 33).

Neste contexto deve-se buscar uma forma de segurança para o trabalhador no ambiente laboral quanto às diversas maneiras existentes neste local de degradação de sua sadia qualidade de vida, tanto no aspecto físico como psíquico, bem como seus direitos absolutamente indisponíveis não podem ser transacionados sequer por negociação sindical coletiva e, tampouco, por acordo individual. Tais parcelas estão protegidas pelo interesse público, por fundarem, patamar mínimo civilizatório que a sociedade democrática não permite ser diluído em nenhum de seus setores, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana e a valorização mínima do trabalho (DELGADO. 2014. p. 52-61).

Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor das sociedades, o Direito e do Estado contemporâneo está na pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual.

Observa que, no campo da saúde e do meio ambiente do trabalho, a fraseologia, os discursos e a propaganda escondem práticas de intensificação do trabalho, condições de labor comprometidas pela insalubridade, penosidade e periculosidade, acidentes e enfermidades laborais (BARROS JUNIOR. 2003, p. 170).

A interpretação jus laboral, também deve considerar os direitos constitucionais, que jamais ser interpretado isoladamente; antes, sempre, de maneira conjunta com a Constituição Federal, de modo que a sua presença venha a complementar o ordenamento jurídico vigente para a plena proteção do trabalhador. Até porque existem princípios do Direito do Trabalho, cujo fundamento está na Constituição, como por exemplo, o da norma mais favorável, no “caput” do art. 7 da CF/88.

Atentando-se para o atual contexto de inserção das novas tecnologias nas relações de trabalho, a impressão que perdura é a de que a dignidade do ser humano está sendo negociada e que o trabalhador passa a ser visto, apenas e simplesmente, como uma mercadoria.

Ocorre que, o art. 225 da Constituição Federal Brasileira consagra e positiva princípios de ética ambiental ao determinar a universalidade, qualificando-o em ecologicamente equilibrado e instituindo-o como bem comum de uso do povo, e assim o faz, por ser essencial à qualidade de vida, e também prova que o meio ambiente não tem um fim em si mesmo.

Nesta toada, equipara-se o meio ambiente de trabalho deve também ser equilibrado, como sendo uma garantia constitucional para que o trabalhador tenha um ambiente de trabalho saudável, como condição mínima, com a inserção dessas novas tecnologias.

Em razão dessa exigência ao meio ambiente equilibrado assegurado pelo art. 225 da CF/88 e, por equiparação um ambiente laboral saudável consagrado pelos princípios de ética ambiental para o bem comum dos trabalhadores, neste novo contexto, com a inserção das novas tecnologias nas relações de trabalho, devem-se criar alternativas para que seja digno a todos os seres humanos e máquinas, nesta convivência, cada dia mais conexas.

### **3 HIPÓTESES DE VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO POR MEIO DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS**

Importante destacar que, as empresas estão em meio a uma transformação revolucionária, cuja competição industrial cede lugar à competição informacional e o ambiente, principalmente, no setor de serviços, busca capacidades diferenciais para o sucesso competitivo.

Na atual conjuntura, com a inserção das novas tecnologias e racionalização do processo de trabalho, libera-se o ser humano para planejar atividades notando-se a existência de modelos produtivos transformados pelas evoluções tecnológicas, que se constituem como espaço importante para a melhoria das condições de trabalho (PEDUZZI. 2002. p.23-35).

Uma opção válida para harmonizar este convívio seria aperfeiçoar as trocas de aprendizados mútuas entre homem e máquinas, uma vez que, com a aplicação da inteligência artificial no meio ambiente de trabalho conseqüentemente há uma queda em relação à intensificação do trabalho executado pela mão-de-obra exclusivamente humana, de forma a amenizar o ritmo intenso de trabalho em espaço físico, que pode ser revesado pela máquina (QUEIROZ. 2003.p. 82-91).

Deste modo, para que essa seja uma opção eficaz, pode-se adotar práticas de incentivo à realização de pausas entre as atividades ao longo de toda a jornada de trabalho, apoiar ações colaborativas entre funcionários visando à otimização de recursos e conhecimentos, com o intuito de adotar postura receptiva a sugestões para a melhoria da organização laboral, inclusive quanto à carga horária e à gestão do cumprimento de metas, dos gestores, com o acompanhamento próximo de suas atividades, vistas à implementação de intervenções, quando necessárias visando à redução de fatores geradores de mal-estar no meio ambiente de trabalho (PEDUZZI. 2002. p.77-83).

Além disso, outra hipótese, idealizando o mínimo conforto no meio ambiente do trabalho, já que assegurado constitucionalmente, conforme art.225 da CF/88, com o objetivo de evitar futuros problemas posturais aos trabalhadores humanos (seres biológicos), e, ao mesmo tempo diminuir as dificuldades na utilização de softwares livres.

Uma alternativa para adequar os trabalhadores a essas novas tecnologias seria o fornecimento de módulos de treinamento para esses aplicativos, com ênfase nas diferenças em relação aos softwares comerciais, com a disponibilização de cursos com abordagem no uso de softwares diversos, incluindo módulos digitais para utilização nas estações de trabalho dos próprios funcionários e disponibilização de serviço de suporte técnico para o tratamento de dúvidas.

Sem contar que, no âmbito corporativo, existe a opção de valorizar o trabalho humano, através das inovações tecnológicas, no quesito organização, uma vez que podem se constituir em insumos para a racionalização de processos, tanto administrativos quanto os operacionais, com vistas à melhoria da qualidade de vida no trabalho e, por consequência disso, da eficiência corporativa (ORLIKOWSKI. 2000. p. 121-130).

Sendo assim, sem dúvida, as inovações tecnológicas interferem na implementação de estratégias operatórias pelos trabalhadores, mas também existem hipóteses que podem valorizar o trabalho humano na busca pela eficiência com preservação de suas garantias constitucionais, principalmente, em relação à ordem econômica, ressalta-se que as hipóteses apresentadas tornam essenciais a participação do trabalho humano nas mais complexas suas ações no trabalho, inclusive, destacando a importância do conhecimento, por parte destes trabalhadores desta nova realidade de trabalho daqueles que utilizam a tecnologia.

## CONCLUSÕES

Diante deste contexto de inclusão das novas tecnologias ao meio ambiente de trabalho e, posteriormente, a apreciação dos reflexos nas relações de trabalho conclui-se que, cada vez mais, deve haver a habilitação dos trabalhadores e também de seus gestores empresariais.

Para que, sejam oportunizados todos os trabalhadores, até mesmo aqueles com pouca escolaridade, que estão sendo excluídos do mercado de trabalho, gradativamente, substituídos pelos mais capacitados, com maior gama de competências ou pelas próprias máquinas, cujo efeito de exclusão já é provocado pela substituição da mão-de-obra pelas tecnologias, especialmente nas grandes empresas.

Além disso, como a reestruturação capitalista envolveu os meios de produção e, também a gestão empresarial, paulatinamente, transformando o cenário de competição mundial, no final do século XX, as relações de trabalho restaram expostas ao fenômeno da precarização laboral.

Nessa alarmante conjuntura é que apontam o desemprego e a informalidade, contrastando com as transformações positivas também advindas do processo de globalização, sendo que essa conciliação entre o capital e o trabalho continua imprescindível ao direito contemporâneo, uma vez que, sem dúvida, as novas tecnologias geram oportunidades, bem como possibilidades de aprendizado e crescimento para todos, cooperando, nesse sentido, para a construção de um mundo mais democrático.

Desse modo, a inserção tecnológica nas relações de trabalho e nos meios de produção propicia que o trabalhador seja mais proativo, desenvolvendo a sua criatividade com maior autonomia; e aumentando as suas responsabilidades a partir da facilidade na obtenção de informação e o consequente aperfeiçoamento de suas funções. Estes são, indubitavelmente, aspectos positivos atribuíveis às mudanças.

Todavia, as vantajosas oportunidades de colaboração ou cooperação entre a empresa e os trabalhadores, para melhor engajamento nos novos processos de produção, também se destacam pela intensidade da prestação dos serviços e pela invariável pressão na forma de cobranças pelo atendimento de metas e de resultados por parte da empresa em relação aos funcionários.

Por derradeiro, tais fatores, somados à recente flexibilização da regulamentação normativa trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e à ameaça do desemprego, podem ser determinantes na sensação de insegurança no trabalhador contemporâneo majorando-se a vulnerabilidade do emprego, sendo, portanto, aspectos negativos atribuíveis às recentes mudanças.

Tendo em vista, os pontos positivos, como também os aspectos negativos da inserção das novas tecnologias nas relações de trabalho, segundo a ordem econômica, não se podem olvidar que existe a preservação dos direitos constitucionalmente garantidos dos trabalhadores no meio ambiente do trabalho, quais sejam: o direito à vida, a saúde e a honra dos seres humanos não devem ser violadas em face da ascensão das novas tecnologias.

Por derradeiro, não se pode prescindir de um mecanismo que assegure ao cidadão face ao retrocesso da legislação, salientando, contudo, quanto à conservação de direitos sociais já consolidados. E é dessa totalidade alusiva à promoção da segurança jurídica, e, conexamente, à consagração da dignidade humana, que advém implicitamente o princípio constitucional da proibição do retrocesso.

Importante ressaltar a estrutura normativa dos princípios somada a sua aplicação praticada, cuja proibição do retrocesso não deve incidir de maneira absoluta, por esta razão precisa sempre ser ponderada com suas circunstâncias, sejam elas legislativa, administrativa ou judicial concernente a direitos sociais solidificados constitucionalmente.

Por isso, circunscreve-se o real alcance da proibição do retrocesso ao amparo contra a restrição ou a supressão dos direitos sociais, acima elencados, que devem ser devidamente preservados nas relações de trabalho, mesmo com a inserção das novas tecnologias, neste recente

contexto, cuja violação dos direitos sociais também fica vedada pelo princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

Portanto, o recente desafio é a harmonização dos mecanismos jurídicos, a fim de que permitam a melhor adaptação do setor empresarial às transformações e a conservação da sistemática protecionista característica do Direito do Trabalho.

Tudo isso, sem interferir, negativamente, nos ajustes necessários nas empresas, a fim de enquadrar-se as modificações do sistema econômico, bem como garantir condições para a máxima conservação de empregos formais e a ampliação da capacidade de produção, se possível.

Uma vez que, o atual mundo globalizado é fruto de um paradoxo, haja vista que a distância já não é trata-se mais de um óbice para a expansão de mercado, pois, a qualquer momento há desenvolvimento econômico e exploração da mão-de-obra, e em qualquer lugar do globo.

Sem contar que, os avanços oriundos da Revolução Tecnológica são evidentes, consentindo a todos vivenciar perspectivas de vida sequer imagináveis em tempos não tão remotos, pois as probabilidades e possibilidades se multiplicam e ainda não se sabe até que ponto é possível chegar, ao mesmo tempo que a evolução repercutiu em graves problemas de cunho social, longe de encontrarem um ponto de solução satisfatório.

Enquanto isso, pelo menos por ora, a boa notícia é que não se pode prescindir do trabalho humano para a manutenção do modelo capitalista e a promoção dos direitos fundamentais de caráter social, ocorre que, muitas foram as mudanças na produção e ocasionaram na ampliação do desemprego e o desenvolvimento do trabalho informal, promovendo a bandeira da flexibilização e o abandono do paradigma protetivo inerente ao Direito do Trabalho, resultando no moderno verbete da precarização laboral.

Apesar disso, ainda há novas formas de inserção no mercado de trabalho continuam surgindo, ainda que a regulamentação precedente insuficiente para evitar situações de insegurança e instabilidade e a ativa conciliação de valores dialéticos – livre iniciativa e função social do trabalho –, numa nova postura normativa, ainda está por vir, promovendo segurança social e desenvolvimento econômico numa mesma direção. Sobretudo, para enaltecer que todos possuem, sim, um lugar especial na complexidade desse mundo promissor, por este motivo não se pode olvidar do conceito de ordem econômica e social, assim como os seus mecanismos que formam um único sistema, princípios constitucionais que dispõem de normas programáticas e estruturais para o exercício do mercado econômico liberal, bem como a função estatal e a manutenção do valor trabalho, também presentes na Constituição Federal e nas normas trabalhistas, conforme entendimentos principiológicos do Direito do Trabalho ou pelas políticas públicas e sociais.

Por isto que, demonstra-se claro que tais disposições do Estado Contemporâneo é permissivo à livre iniciativa e concorrência, mas, preserva os deveres de valorização da sociedade para com a força de trabalho, embora representem uma realidade próxima da utopia, são expressões impescindíveis na existência de um Estado Democrático de Direito, liberal e capitalista: que concede liberdade oportunizando a motivação pelo lucro e o sucesso meritocrático, mas, que passou por acontecimentos históricos relevantes pautados na censura, confiando aos poderes públicos a regulação das relações.

Sem contar a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento econômico e social do Estado, diretamente ligado ao desenvolvimento o Direito do Trabalho, conforme destacado as pequenas e microempresas e seus benefícios da informalidade na sua estrutura jurídica, as iniciativas dos trabalhadores em prol da preservação das empresas no direito comparado.

Além de outros princípios do próprio direito material e processual do Trabalho, complementadas pela CF/88, demonstrando a importância da ponderação dos valores sociais, do cenário de crise, da viabilidade de sustentação empresarial analisando, também a figura do trabalhador, consumidor e mercado econômico como todo o progresso do Estado, as evoluções e os regressos.

Nesta senda, nota-se que, o direito constitui-se durante a história, na observação dos efeitos maléficis e benéficos e suas reparações e alterar-se mediante os estudos científicos seja no campo da economia, do direito, da história ou da filosofia., portanto, o Direito do Trabalho é um fruto da integralização de todos eles: um estudo bibliográfico, estatístico, econômico, pela dialética de história, economia, constitucional, empresarial, relatamos um vínculo de suma influência estatal.

De tal modo, a mera regulamentação e positivação de direitos não garante eficácia, não supre a deficiência de governos e poderes que apenas legislam por legislar, utilizam leis como objetos de barganha, judiciário que não observa a realidade econômica e social dos indivíduos e representantes que não arcam com as suas funções e deveres mínimos com o seu povo, todavia, a retirada de direito tão pouca assim o fará.

Por fim, a modernização ligada a globalização são fenômenos inerentes ao sistema capitalista, que é imprescindível para a evolução da humanidade. Porém, uma ordem econômica não progride democraticamente sem que a sua ordem social seja embasada em direitos sociais e fundamentais básicos, sendo o Direito do Trabalho uma das principais ferramentas para este resultado ideal.

Este desenvolvimento constrói uma estrutura normativa essencial à princípios constitucionais, na promoção da justiça social, o seu valor econômico e social, a fim de exteriorizar a acuidade das raízes existenciais trabalhistas, da ação do judiciário na efetividade e preservação da legislação, e advir ao cidadão a reflexão sobre um direito insubstituível e imprescindível nas relações humanas.

Por isso, este artigo relaciona o Direito do Trabalho ao direito econômico e às atividades empresariais recorrentes, no que tange a atividades empresariais, a fim de elaborar uma demonstração do elo existente entre eles, a partir do cenário da sociedade contemporânea, com a inserção das novas tecnologias nas relações de trabalho, onde a submissão do Estado à globalização e a crise econômica inerente ao sistema gera efeitos no direito como um todo e principalmente no Direito do Trabalho, com a recente modernização das normas legais versus direitos individuais e sociais trabalhistas que restam, cada vez mais, ameaçados em meio à luta de interesses dos grupos.

Por fim, finalizar-se-á o objetivo deste estudo, a partir da exposição da essencialidade das relações de trabalho para organização do Estado de forma justa e como mecanismo de se assegurar à classe trabalhadora dignidade e essencialidades mínimas constitucionalmente demonstradas, não esquecendo a democracia e justiça deve abranger os empregadores, incentivadores do mercado econômico.

Igualmente, mencionada importância do respeito pela parcela empregadora influente politicamente ao patamar mínimo civilizatório alcançado pelo Estado contemporâneo e a pertinência da intervenção estatal nas relações como intercessor dos interesses seja ele, qualquer que seja o modelo econômico instaurado, por exemplo.

Conclui-se, ainda, que todo trabalhador deve ter sua dignidade humana respeitada durante o contrato de trabalho. O empregado constrói sua identidade no meio ambiente laboral e ela deve ser preservada: eis o princípio basilar da legislação trabalhista. Portanto, a sugestão ora aventada

virá garantir tal dignidade em relação ao excludente dispensado pelo emprego de meras tecnologias nas grandes empresas.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, G. **Dimensões da globalização: o capital e suas contradições**. Londrina: Práxis, 2001.
- BARROS JUNIOR, C. M. **Passado, presente e futuro do Direito do Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho (São Paulo), Editora Revista dos Tribunais, v. 29, n. 110, 2003.
- CHAHAD, José Paulo Zeetano. **Tendências recentes no mercado de trabalho pesquisa de emprego e desemprego**. 2003. São Paulo em Perspectiva, 17(3-4): 205-217, 2003.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DEJOURS, Christophe. **Loucura no trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1992.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FLEURY, Afonso C. C.; FLEURY, Maria T. L. **Aprendizagem e inovação organizacional: as experiências de Japão, Coréia e Brasil**. São Paulo: Atlas, 1997.
- GONÇALVES, José E. L.; GOMES; Cecília de A. **A tecnologia e a realização do trabalho**. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 33, n. 1. 1993.
- ORLIKOWSKI, W. J. **Using technology and constituting structures: a practice lens for studying technology in organizations**. Organization Science. 2000.
- MORAN, José Manuel. **Tecnologia Educacional**. Rio de Janeiro, vol.23, n.126, setembro-outubro. 1995.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Empresas de transporte, plataformas digitais e relações de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Gráfico Movimento, Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.
- QUEIROZ, A. C. S. **Novas tecnologias e inovação organizacional**. Tese de Doutorado, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2003.
- PEDUZZI, M. **Mudanças tecnológicas e seu impacto no processo de trabalho em saúde**. Trabalho, Educação e Saúde. 2002.
- SACHUCK, M. I., TAKAHASHI, L. Y. e AUGUSTO, C. A. **Impactos da inovação tecnológica na competitividade e nas relações de trabalho**. CADERNO DE ADMINISTRAÇÃO. v. 16, n.2, p. 57-66, jul/dez. 2008.
- SOUTO MAIOR, J. & SEVERO, V. S. (2017), “**201 ataques da reforma aos trabalhadores**”. Disponível em <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>>. Acesso em 30/05/2021.

SCHMITZ, Hubert; CARVALHO, Ruy de Q. (Org.). **Automação, competitividade e trabalho: a experiência internacional**. São Paulo: Hucitec, 1988.

# A DOGMÁTICA JURÍDICA PRIVADA CONTEMPORÂNEA: UMA MOSTRA DA VIVÊNCIA DA SOLIDARIEDADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

**Jorge Renato dos Reis**

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.  
jreis@unisc.br

**Érica Veiga Alves**

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.  
ericaveigaalves@gmail.com

**Resumo:** Com o presente artigo visa-se analisar a dogmática jurídica privada contemporânea enquanto uma mostra da vivência da solidariedade como possível concretização da dignidade da pessoa humana. A pesquisa se justifica pelo abandono da concepção individualista e patrimonialista advinda do período liberal, em prol de uma sociedade arcada na vivência do princípio constitucional da solidariedade. A problemática de pesquisa busca responder o seguinte questionamento: é possível que haja uma vivência solidária, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana através dos institutos privados contemporâneos? O método de abordagem utilizado será o dedutivo, e o método de procedimento utilizado será o monográfico. Os resultados da pesquisa apontam que é plenamente possível que haja uma vivência solidária, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana através dos institutos privados contemporâneos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da pessoa humana. Dogmática jurídica privada. Vivência da solidariedade.

*The contemporary private legal dogmatics: a show of the experience of solidarity as a concretization of the dignity of the human person*

**Abstract:** In order to analyze the dogmatic contemporary private article, which can be shown since it shows the human legal entity. The existence is justified by the abandonment of the individualist and patrimonialist creation of the liberal period, in favor of a society based on the constitutional basis of solidarity. The problem sought through the research of the solid research of the human person of the private institutes is possible, how is a human experience of research possible? The method of approach used will be deductive, and the method of procedure used will be monographic. The results indicate that it is possible that there is a solidary experience, as a human form through contemporary private person institutes.

**KEYWORDS:** Experience of solidarity. Human dignity. Private legal dogmatics.

## INTRODUÇÃO

No direito contemporâneo, deixa-se o viés totalmente individualista e patrimonialista, característica principal do liberalismo, e passa-se a ter uma maior preocupação com questões de cunho social. A propriedade privada e os contratos passam, nesse período, a ter função social.

A chamada “era dos estatutos” demonstra o pensamento de sempre proteger a parte mais vulnerável no negócio jurídico. A Constituição Federal de 1988 busca espelhar a realidade social, não transformá-la. Essa mudança de paradigma gera o deslocamento de um monossistema, para um polissistema legislativo. Para isso, os estatutos que visam garantir as prerrogativas dos mais vulneráveis agem em conjunto com o Código Civil Brasileiro.

A problemática de pesquisa busca responder o seguinte questionamento: é possível que haja uma vivência solidária, como forma de concretização da dignidade da pessoa humana através dos institutos privados contemporâneos? O método de abordagem utilizado será o dedutivo, e o método de procedimento utilizado será o monográfico.

Inicialmente, a solidariedade, que advém da ética aristotélica, era o agir virtuoso em sociedade. No século XX há uma mudança de paradigma até chegar à solidariedade, não sendo somente uma virtude, mas, também e, especialmente, um princípio constitucional. Juntamente com essa mudança de paradigma, com a positivação da solidariedade, há um dever mútuo entre as pessoas de fazerem parte no sistema coexistente, ou seja, um dever de justiça. Existe, portanto, um dever constitucionalmente positivado de agir com solidariedade dentro da sociedade.

Numa relação contratual, ou em qualquer outro negócio jurídico, o egoísmo representa ausência de acordo. Infelizmente, de modo geral, os pares não conhecem o lugar que ocupam na sociedade, não conhecem sua posição econômica e política. Há apenas um reconhecimento genérico de que a sociedade está sujeita a condições de justiça. O reconhecimento social implica aceitação.

A vivência da solidariedade nas relações interpessoais é vetor de concretização da dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que essa vivência se naturaliza na sociedade, a qual deixa o egoísmo e passa a ver o outro com empatia, as relações sociais e jurídicas serão transformadas pelo agir solidário.

É dever constitucional agir com solidariedade em todas as relações, sejam elas jurídicas ou da vida íntima, afinal, não é mera virtuosidade que a positivação da solidariedade gera. Quando for normalizada essa vivência solidária, não será preciso uma atuação enérgica da jurisdição constitucional para resolver questões da vida cotidiana, como guarda e alimentos de um filho, por exemplo. Acredita-se que a solidariedade é um vetor de transformação social.

## 1 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS PRIVADOS CONTEMPORÂNEOS

O rompimento de paradigma liberal, dando espaço a um realce social do direito, reflete na mudança social, em que a sociedade deixa de ter um viés apenas individualista, passando a preocupar-se com o outro. Ao positivar a função social da propriedade, a Constituição explicita o abandono da concepção individualista, onde o Estado apenas tinha como função proteger o homem, garantindo-lhe direitos individuais.

No direito contemporâneo, não apenas a propriedade privada ganha função social, uma vez que se vislumbra a função social na empresa, nos contratos e em todos os negócios jurídicos

privados. Como já visto anteriormente, a antiga dicotomia existente entre o direito público e privado pode ser considerada superada. Com as intersecções jurídicas entre o público e o privado, mesmo as relações consideradas privadas devem ser interpretadas sob a ótica constitucional, muito especialmente sob a ótica solidarista.

A noção de Constituição aberta parte da ideia de diferenciação social e do pluralismo como características da sociedade no período contemporâneo. Assim, incluindo a democracia como base, muitos autores consideram que nesse novo contexto não seria coerente ter um sistema constitucional fechado. Ainda, é neste momento que a Constituição não mais é vista apenas como um instrumento que garanta proteção **ÀS PESSOAS** contra o poder absoluto do Estado, característica do Estado Liberal, ou como um mecanismo de direção política, característica do Estado Social. (LEAL, 2007)

Em tempos de incertezas, há muitas indagações sobre as violências e as incertezas, sejam elas reais ou apenas fictícias, e quais seriam as providências necessárias para que haja uma real garantia de não violação desses direitos e garantias fundamentais. Esses questionamentos demonstram ser tão importantes quanto a discussão sobre a forma de efetivação dos direitos fundamentais (LEAL, 2020)

Certos conflitos sociais interessam ao ramo do Direito, e no momento em que estes não são resolvidos diretamente pelas partes conflitantes, o Estado deve buscar solucioná-los no momento em que as partes buscarem a tutela da do poder público para encontrar um caminho resolutivo. (REIS; QUINTANA, 2017)

A ação jurisdicional serve como a atuação do ente estatal na resolução de casos práticos onde há presente um conflito jurídico. Entretanto, a jurisdição estatal não é isoladamente a única forma de resolução dos conflitos sociais. No Direito moderno, há equivalentes jurisdicionais como métodos alternativos, fundamentados na consensualidade, para a solução dos conflitos existentes. (REIS; QUINTANA, 2017)

Também há de se considerar válidos meios alternativos na prevenção de conflitos, nesse sentido, a solidariedade se torna um meio eficaz, tendo em vista que a partir do momento em que o homem se coloca no lugar do outro, numa relação harmoniosa, todas as partes envolvidas no conflito social são favorecidas. (REIS; QUINTANA, 2017)

A concepção solidarista é extremamente importante e necessária para a formação do bem-comum, levando em consideração que a compreensão de que a vida junto com toda a coletividade gera harmonia e cooperação mútua entre todos que desfrutam da vivência solidária. (REIS; QUINTANA, 2017)

Com a união de todos da comunidade a vivência solidária poderá ser construída através da concretização da dignidade humana. Não obstante, a solidariedade representa um complemento para a liberdade e a igualdade, pois reflete na concepção de união da sociedade em prol ao bem-comum. (REIS; QUINTANA, 2017)

Os particulares possuem vinculação direta com as normas constitucionais e, consequentemente, com todos os direitos fundamentais. De igual forma, há igual vinculação para todos os órgãos que fazem parte do aparelho estatal na busca pela resolução dos conflitos sociais com base na concretização da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012)

Sempre que houver algum conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, haverá a ponderação dos direitos fundamentais que colidem nesse conflito. Os princípios, de forma isolada, não geram um resultado no caso concreto, sendo preciso analisar a medida da igualdade material e formal para o caso. (REIS; KONRAD, 2015)

Além disso, é feita uma análise utilizando a fraternidade, a qual, por estar contida no preâmbulo da Constituição, serve como aporte moral norteador das decisões e ações dentro do mundo jurídico. Não é correto o pensamento que um princípio, exclusivamente, resolve uma colisão de direitos fundamentais, por exemplo, existem outras ferramentas que auxiliam numa melhor decisão, que, em conjunto, resolvem a colisão e concretizam a dignidade da pessoa humana. (REIS; KONRAD, 2015)

As características tradicionalmente associadas à atuação do Judiciário são: o juiz deve aplicar a norma preexistente à lide; as decisões judiciais servem para as partes do processo; a jurisdição só age sob motivação, e o magistrado resolve o conflito entre as partes.

O poder judiciário, tradicionalmente, possui um papel importante no aspecto de resolução de conflitos, utilizando o direito enquanto ciência, e resolvendo demandas baseadas nos ditames constitucionalmente previstos. Há uma notória dinâmica social em todos os momentos históricos, e no mundo contemporâneo não é diferente.

As normas dispostas, muitas vezes, não suprem as necessidades dos cidadãos, ou não acompanham a sua evolução social. Embora muitos sejam os desafios para a atuação do poder judiciário, todas elas sempre devem ser norteadas sob a égide da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Um exemplo de legislação infraconstitucional – desempenhando o que se denomina de solidariedade vertical – é o Código de Defesa do Consumidor, que exerceu uma relevante função, visando repensar, de modo mais crítico, o ramo do direito privado, cujo movimento é chamado de consumerismo, o qual busca abandonar de vez a ótica interpretativa patrimonialista e liberal, ou seja, uma característica do direito civil tradicional antes de 1988 (TEPEDINO, 2006).

O Código Civil Brasileiro positivou o princípio constitucional da proteção da parte hipossuficiente no Código de defesa consumidor, a qual, por consistir em dispor sobre contratos em geral, está buscando garantir que o contratante, quando considerado hipossuficiente do negócio jurídico, tenha uma maior proteção jurídica.

Nas relações de consumo, as empresas não estão em pé de igualdade com o consumidor, o qual é considerado na relação consumerista como parte vulnerável. O legislador, ao concretizar o princípio da isonomia contratual, no Código de Defesa do Consumidor, buscou uma forma em que houvesse um reequilíbrio nas relações de consumo, limitando práticas abusivas do mercado. (GRINOVER; BENJAMIN, 1996).

Já a responsabilidade civil atingiu uma indiscutível relevância, tanto na esfera prática, como na esfera teórica do direito brasileiro contemporâneo. Antigamente, a responsabilidade civil estava apenas contida no âmbito do direito privado, entretanto, hoje, já superada essa dicotomia entre o direito público e privado, pode-se considerar que ela se estende e se aplica a todo o direito, seja ele público ou privado. (SCHREIBER, 2015).

Assim, o ato de reparar danos forma a ideia de responsabilidade. E nesse sentido o Código Civil Francês se apoia na ideia de culpa para fundamentar três ideias: a primeira, de que é necessário haver um dano; a segunda, se havia o conhecimento da norma pelo autor; e a terceira, se haveria opção de ação pelo sujeito ativo. Desse modo, a culpa e a punição ficam lado a lado, atreladas ao dever de reparar. Essa ideia, portanto, é refutada para um novo olhar de responsabilidade, visando à solidariedade (RICOEUR, 2008).

Objetivando emparelhar-se à constante evolução da sociedade, a responsabilidade civil ganhou ainda mais enfoque com o Código de Defesa do Consumidor, que, ao abarcar todos os princípios constitucionais, trouxe ainda maior relevância para a temática. (SCHREIBER, 2015).

Essa evolução no mundo do direito garante a ótica de que há no ordenamento jurídico uma nova igualdade, cujo conceito de isonomia na legislação e pela legislação é renovado. No âmbito do direito privado, há um constante reconhecimento de direitos e garantias individuais, tendo em vista que o Código Civil Brasileiro bebe de fontes de direitos da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor, etc. (MARQUES; MIRAGEM, 2012)

Esse pensamento se justifica pelo fato de que, ao adquirir direito de segunda geração, não se deixe de ter o direito à propriedade (que é de primeira geração) e sim se passe a ter o conceito de função social da propriedade. Assim, a teoria geracional reconhece que os direitos fundamentais são indivisíveis, ainda que haja a diferenciação didática das gerações de direitos fundamentais, baseada no contexto histórico.

## **2 A MUDANÇA DA MENTALIDADE COLETIVA: O RECONHECIMENTO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS**

Os direitos fundamentais são observados na conceituação de que se deve tratar de assuntos que o Direito tenha interesse e necessidade em proteger. Nesse aspecto, os direitos fundamentais formam uma escala de prioridade no sistema jurídico, em detrimento aos demais direitos nele positivados.

Tais mudanças ocorreram a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que promoveu uma importante mudança na forma de interpretar os diversos institutos jurídicos vigentes no país, e, dentre eles, o Código Civil Brasileiro de 2002 necessitou ser atualizado aos novos princípios constitucionais, haja vista que o anterior diploma civil já não estava sintonizado com o novo momento brasileiro, o que determinou, inclusive, à época, a edição de leis esparsas, a fim de regular as relações interpessoais, protegendo as partes hipossuficientes dessas relações.

No Brasil, apenas com o processo de constitucionalização do Direito, instaurado com o fim das ditaduras militares, em 1988, e com a promulgação da Constituição, que o viés constitucional foi voltado para a eficácia dos direitos fundamentais. Tendo um Estado mais voltado para o cunho privado, marcado por estigmas individualistas, o Brasil, ao longo dos anos, foi abandonando essas concepções de que a Constituição não teria de fato uma aplicabilidade direta e imediata. (REIS, 2007)

Não há positivação da autonomia privada, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma norma implícita, havendo a previsão constitucional da proteção à livre iniciativa, nos artigos 1º, IV<sup>1</sup> e 170<sup>2</sup> da Constituição de 1988. Considerando que a autonomia privada possui, portanto,

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

<sup>2</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

*status* de direito fundamental, quando houver colisão desse direito com outro, deve haver a ponderação, para que seja feita uma análise, no caso concreto, do nível de desigualdade. Quanto maior for a desigualdade entre as partes, maior será o grau da autonomia privada. Se houver desigualdade material, sempre é agregada ao caso igualdade de condições, para que haja uma relativização da autonomia privada. (REIS, 2007)

Os direitos abstratos classificados no aspecto de que deve haver uma ponderação, no caso concreto, entre os direitos do homem. Para isso, deve haver instâncias a fim de decidir sobre a ponderação desses direitos, analisando cada caso concreto de forma individualizada (ALEXY, 1999). Os direitos fundamentais são a base estruturante para a construção de novos direitos, os quais irão se adaptar às novas realidades.

É cabível uma ponderação entre os direitos fundamentais, usando uma diferenciação, obviamente baseada em fundamentos plausíveis. Nesse aspecto, a atuação dos tribunais constitucionais se faz fundamental, uma vez que a ponderação de direitos fundamentais é realizada por meio deles, sendo feita a interpretação dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto. (ALEXY, 1999)

O processo de constitucionalização do direito civil é consequência da evolução social e histórica, que formou a organização do Estado social contemporâneo no âmbito brasileiro. Embora haja a vinculação dos particulares a todos os direitos fundamentais, essa aplicabilidade fática ainda não é clara como deveria ser, pois há uma certa dificuldade na concretização desses direitos.

No contexto da autonomia da pessoa, a solidariedade também gera efeitos, tendo em vista que em nenhum ramo do Direito – seja do público ou do privado – há a faculdade de apenas ignorar a aplicabilidade da Constituição, considerando-se que o princípio constitucional da solidariedade deve ser aplicado em todas as relações interpessoais.

É preciso aplicar a ponderação de interesses para que se possa analisar com clareza qual a medida correta de aplicação e de restrição da liberdade individual, quando esta se encontra em colisão com outro direito fundamental. A ótica de sempre haver a vinculação dos direitos fundamentais nas relações interpessoais é instrumento de concretização de justiça.

O Direito está em constante evolução e busca sempre alcançar todas as evoluções da sociedade, assim, é necessário um avanço no sentido de alcançar a dignidade da pessoa humana por intermédio da aplicação dos deveres fundamentais nas relações interpessoais. Nesse aspecto, é notório que todas as possíveis restrições a liberdades de cunho individual, sejam analisadas sob a ótica da proteção da parte mais vulnerável.

A mudança na mentalidade coletiva em prol de uma vivência solidária pode ser refletida analisando-se o que seria considerado uma vida ativa e o que se busca fazer quando se está ativo. Nesse questionamento, consideram-se dois modelos diferentes de vida: a primeira, *vita* contemplativa; e a segunda, *vita activa*. A *vita* contemplativa é aquela em que os seres seguem contemplando a vida, em contrapartida, a vida *activa* é marcada pela ausência de condições para a contemplação. Logo, a vida *activa* recebe seu significado oriundo da *vita* contemplativa. (ARENDT, 2005)

---

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No âmbito do cristianismo, as alegrias seriam vividas num estado de contemplação, não levando a *vida activa* a uma posição mais elevada nessa religião. Nesse aspecto, aborda-se o questionamento do motivo de a *vida activa* ter sido descoberta apenas quando houve uma “renovação de valores” (p. 177) pelos autores Marx e Nietzsche. (ARENDDT, 2005)

A resposta para tal questão consiste no fato de ser da natureza da filosofia que haja uma inversão nos sistemas hierárquicos de valores. Tal questão é presente no conceito de Marx, o qual afirmava que, se intervisse a teoria de Hegel, se acharia a verdade do sistema Hegeliano (o qual realiza a descoberta da dialética da história). Todas as atividades humanas estão interligadas pela própria pluralidade humana, considerando que os homens vivem sempre em comunidade. Ou seja, viver abarca o fato de ter que conviver entre homens. (ARENDDT, 2005)

Sem que haja a inciativa para começar algo do desde o início a durabilidade da vida humana, que se encaminha em seu percurso, para a morte, todas as coisas no mundo estão rumo a sua deterioração. O homem, entretanto, ao nascer, não traz consigo a expectativa de morrer, embora essa seja a sua única e verdadeira certeza. Todavia, a ação é constituída por inúmeras incertezas, o que faz o homem lembrar que nasceu para viver a vida e iniciar sempre algo inovador. (ARENDDT, 2005)

A mudança na mentalidade coletiva é fruto de novos conceitos do mundo moderno, de uma nova forma de ver o mundo. Apesar da resistência de muitos em considerar a vivência da solidariedade, ponderando-se que essa mudança de mentalidade seja uma utopia na história da humanidade, desde sempre, constata-se que, ao mirar-se na utopia da evolução social, se caminha para a real evolução.

O homem passa a ser compreendido com um olhar solidário, pelo fato de que a sua condição atravessa a esfera privada, sendo, assim, visto no contexto da sociedade em que está inserido. Tal concepção evidencia, com cada vez mais veemência, a condição humana inserida na noção de sociedade solidária. (LEAL, 2007)

O Direito enquanto ciência vem passando por recorrentes reconstruções, sendo composto por uma linguagem análoga, ou seja, diferentes significados podem, ou não, dialogar entre si. Assim, no mundo do Direito, uma mesma palavra pode ter diferentes significados. O conceito de direito e justiça, muitas vezes, é tido como sinônimo, dependendo do contexto histórico-social em que se encontra. Tais acepções se alteram com o decurso do tempo e com as mudanças sociais existentes. Logo, essas palavras alteram seu significado culturalmente.

A divergência encontrada na aplicação do Direito, portanto, deve-se ao emprego dessa linguagem análoga, com múltiplos significados para uma mesma palavra, mas também ao fato de o uso do vernáculo não ser acessível à população, em especial àqueles que possuem menos estudo e estão numa condição de vulnerabilidade, paralela ao contexto social, histórico e cultural, que colabora para a modificação do sentido das palavras, bem como quanto à sua compreensão como um todo.

Normalmente a felicidade é correlacionada como sendo algo óbvio, por **SE** tratar justamente da parte que faltaria para compor uma vida plena, estando a pessoa num estado infundável de carência. Ainda, dependendo da ótica de quem observa, a felicidade pode ser considerada algo inalcançável. (ARISTÓRELES, 2009)

Para ser feliz, é preciso que haja o exercício da virtuosidade. O homem que exerce o controle sobre si mesmo, ou seja, que age com temperança sobre suas emoções, alcança a virtude, qualidade necessária para atingir a felicidade. A virtude é um exercício constante e necessário para a felicidade. (ARISTÓRELES, 2009)

A dogmática jurídica privada contemporânea: uma mostra da vivência da solidariedade como concretização da dignidade da pessoa humana

A virtuosidade ética tem íntima relação com atitudes que advêm de uma boa sociedade. O objetivo da política não é garantir proteção aos direitos de liberdade de escolha de cada pessoa, aliado a cada projeto individual de vida boa, mas, sim, semear qualidades de caráter, buscando instruir bons cidadãos. (ARISTÓTELES, 1991)

Aristóteles, pode acontecer com a vivência da solidariedade nas relações interpessoais. Quando a pessoa individualmente age com solidariedade com o próximo, há uma mudança na mentalidade de toda a comunidade. Essa mudança não acontece de imediato e, sim, em cada nova ação de alteridade.

### **3 A VIVÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA PLENA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Diante da dificuldade da vivência da solidariedade no mundo contemporâneo, necessário se faz que a solidariedade seja interpretada no seu status de norma jurídica constitucional e, portanto, de cunho obrigacional, para que a pessoa humana, nas suas relações interpessoais, num processo de constitucionalismo contemporâneo e, muito especialmente, de constitucionalização do direito privado, entenda-se credora dos direitos fundamentais em especial da dignidade, mas também, em razão da reciprocidade, entendam-se devedora dos deveres fundamentais às demais pessoas.

A pessoa humana, partícipe das relações interpessoais, pode efetivar a dignidade alheia, não em razão da sua virtuosidade, porque muito possivelmente ainda não a possui, mas em razão da sua condição de cidadã e, portanto, devedora de respeito às normas jurídicas, em especial ao princípio constitucional da solidariedade.

O Direito brasileiro passou por profundas mudanças até se encontrar nos moldes atuais, passando de um viés extremamente individualista para, nos dias atuais, encontrar-se com uma estruturação mais social e funcionalista. As evoluções ocorridas no âmbito do direito são advento do processo de constitucionalismo contemporâneo.

Há três visões em relação aos direitos fundamentais e à democracia: o modelo ingênuo, um modelo idealista e um modelo realista. No modelo ingênuo, não haveria colisão entre direitos fundamentais e democracia, podendo ambos existir concomitantemente e de forma ilimitada. (ALEXY, 1999)

No modelo idealista, não haveria uma violação proposital de direitos fundamentais. Entretanto, tal modelo pode ser considerado inatingível por ser demasiadamente irreal. Para o autor, nenhum modelo supracitado deve ser adotado, devendo haver uma análise se essa contradição poderia ser solucionada num caminho alternativo e intermediário entre esses dois modelos extremistas. A relação entre os direitos fundamentais e a democracia aconteceria por intermédio de duas compensações, as quais funcionariam em sentido contrário, ou seja, seriam formadas por uma contradição propriamente dita. (ALEXY, 1999)

A primeira consiste em que os direitos fundamentais são democráticos; e a segunda, de que os direitos fundamentais são ademocráticos. Nesse aspecto, os direitos fundamentais são democráticos, pois com eles haveria a garantia de direito fundamental de liberdade e de igualdade. (ALEXY, 1999)

Esses direitos são responsáveis por garantir o pleno desenvolvimento daquelas pessoas que são as principais responsáveis pela existência do processo democrático. Logo, elas, com o direito fundamental de liberdade de expressão, opinião, imprensa, associação, rádio fusão e de

reunião, bem como o direito ao voto e demais liberdades políticas, seriam parte fundamental na construção e na manutenção do processo democrático.

Em contraponto, os direitos considerados como ademocráticos são justamente os opostos dos direitos fundamentais democráticos, por justamente fazerem o papel de duvidar e colocar em xeque o processo democrático. Quando vinculados a um legislador, os direitos fundamentais ademocráticos atuam em conjunto com a maioria parlamentar legitimada para decidir uma questão. (ALEXY, 1999)

Com a correlação dos direitos tidos com fundamentais democráticos e os fundamentais ademocráticos, há uma espécie de jogo político no estado de direito. Em um ponto, observa-se a oposição, perdendo um primeiro processo democrático, e passa a ganhar, então, diante de um tribunal constitucional.

A Constituição brasileira prevê esse processo, no seu artigo 103, VIII<sup>3</sup>, quando aborda que os partidos políticos são representados pelo congresso nacional, tendo o direito de ação por causa de inconstitucionalidade no tribunal constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. (ALEXY, 1999)

A representação política é realizada por intermédio do parlamento, já a representação argumentativa é aquela que ocorre por intermédio dos tribunais constitucionais. Quando os argumentos usados por um tribunal constitucional correspondem aos anseios da grande massa da população e geram a reflexão generalizada. Nesse contexto, em que o tribunal constitucional passa a dialogar de forma permanente com a população e poder Legislativo, é chamado de institucionalização. (ALEXY, 1999)

A denominação “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” serve para assinalar que esses direitos não são regulados somente por relações verticalizadas de poder, ou seja, entre o Estado e o particular, mas também são considerados nas relações interpessoais, ou seja, de pessoa para pessoa, numa posição de igualdade formal. (SARMENTO, 2010)

No âmbito do direito contemporâneo, é inquestionável a necessidade de os direitos fundamentais serem estendidos ao âmbito das relações privadas. Um ponto crucial de diferenciação das relações interprivadas e das relações entre particular e Estado é o fato de que este somente pode fazer o que a lei prevê, estando limitado estritamente à lei; enquanto o particular é livre, podendo fazer o que deseja, desde que a lei não proíba.

Na medida em que há a positivação expressa do princípio da solidariedade no artigo 3º da Constituição Federal, ela ultrapassa a sua qualificação como valor fundante dos direitos fundamentais e fixa-se como norma jurídica. Logo, considera-se que o Direito contemporâneo, vivenciado no fenômeno das intersecções jurídicas entre o público e o privado e, em consequência, no constitucionalismo contemporâneo, possui como seu norte de proteção a pessoa humana.

Não é razoável, portanto, esperar que o particular se sujeite ao regime imposto para o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos e garantias fundamentais, em face da liberdade garantida constitucionalmente a ele, que é resultado da dignidade da pessoa humana, em contraponto à natureza puramente limitatória do Estado. (SARMENTO, 2010)

De igual forma, as decisões judiciais sempre buscarão atender as necessidades sociais e refletir a realidade social. Desse modo, se a sociedade brasileira evoluiu na sua concepção de

A dogmática jurídica privada contemporânea: uma mostra da vivência da solidariedade como concretização da dignidade da pessoa humana

família, por exemplo, as decisões judiciais, muito especialmente as do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, irão refletir o novo conceito de família brasileira, que hoje pode ser individual (CANOVA, 2011).

A solidariedade que está positivada na Constituição Federal de 1988 não possui o mesmo sentido dado por Aristóteles, não sendo mais correlacionada com a ética. Também não possui o sentido Cristão, nem é tida mais como a solidariedade dos antigos.

Hoje, a solidariedade, é um dever fundamental e reflete um moderno paradigma social e busca uma melhora na qualidade de vida ao moldar a vivência social, que deixa de ser egoísta e passa a agir com empatia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vivência solidaria nas relações interpessoais, não por questões de virtuosidade, mas sim por cumprimento de dever constitucional, o qual todos os cidadãos estão subordinados, não se limita às relações de direito privado, como relações de direito civil, por exemplo. Essa vivência também é exigida nas relações de afeto, não jurídicas. Não é possível separar o mundo do Direito do mundo dos fatos.

O princípio da solidariedade norteia o mundo do Direito, intencionando que a vivência dos direitos fundamentais esteja presente em todas as relações humanas. Essa vivência é fruto da bilateralidade dos direitos fundamentais, onde os direitos possuem deveres fundamentais correspondentes.

Com a cultura de uma vivência solidarista, há um meio possível para que a dignidade humana seja observada, materializando-se, assim, condições possíveis para a felicidade, a qual se materializa com a efetividade dos direitos fundamentais.

Por vezes, o conceito de felicidade pode parecer óbvio, definido como sendo o que falta para o alcance de uma vida plena. Nesse conceito, a pessoa estaria num ciclo constante de carência em busca de algo, logo, a felicidade também pode ser analisada com algo praticamente impossível de alcançar.

A felicidade, no conceito aristotélico, era considerada como sendo uma virtude substancial para uma vida plena e feliz. Nessa ideia, o conceito de solidariedade, também teve sua origem na ética aristotélica. Infelizmente, não se pode exigir que cada pessoa aja com virtude dentro de suas relações interpessoais, e é exatamente nessas relações que a dignidade humana é materializada.

A felicidade também pode ser considerada como o alcance de bens materiais. Contudo, independentemente do conceito de felicidade que cada pessoa tenha, ela serve de combustível para que o homem sempre esteja se movimentando para a atingir. Já para Aristóteles, a pessoa que busca o alcance da real felicidade, precisa agir com ética e virtuosidade. Portanto, para Aristóteles ser feliz, a pessoa precisa ser virtuosa. Entretanto, para o presente estudo, no Constitucionalismo Contemporâneo, para ser feliz basta que a pessoa observe no seu agir diário, nas suas ações, alcançadas ou não pela regulação legal ordinária, a solidariedade, como obrigação jurídica, face a sua previsão constitucional.

No contexto do Estado Democrático de Direito, houve a necessidade da modificação do conceito antigo de solidariedade. A solidariedade, portanto, abandona a sua concepção moral e ética e passa a ser um direito positivado e um valor jurídico que pode ser exigido.

Esse fato deve-se à positivação do princípio da solidariedade em diversas constituições democráticas, incluindo a Constituição Brasileira de 1988. O Direito contemporâneo possui o condão de garantir o reconhecimento interpessoal, garantindo visibilidade. Considera-se que o reconhecimento do outro, como credor de dignidade, acontece tanto nas relações de afeto de amizade e de amor, quanto nas relações consideradas de âmbito econômico.

A autonomia privada provém da proteção à dignidade humana, não podendo, como qualquer outro direito, ser totalmente ilimitado. Para delimitar até que ponto a autonomia privada possui extensão, deve ser observada a parte que possui maior desigualdade, para que a autonomia privada, então, seja relativizada.

O fundamento da autonomia privada é o princípio da liberdade e alcança o seu limite no princípio da solidariedade. A autonomia privada possui limite no dever constitucional de um agir solidário, logo, quando uma parte da relação jurídica age de modo a prejudicar o próximo, ou até mesmo na sociedade, essa não age com solidariedade, tendo, como decorrência, a diminuição da dignidade da parte prejudicada. É importante o conceito de que cada vez que o direito de uma pessoa é lesado, a sua dignidade também é ferida e diminuída.

No caso da autonomia patrimonial, a solidariedade exige que os titulares das relações patrimoniais cumpram com interesses relevantes socialmente, o que, em algumas vezes, não é da vontade das partes. Mesmo que a parte não tenha interesse de agir com solidariedade, ela é obrigada por dever constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXEY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo n. 217**, Rio de Janeiro, jul.-set. 1999

ARENDDT, Hannah. **Trabalho, obra, ação**. Cadernos de Ética e Filosofia Política 7, 2/2005.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Capítulos VIII e IX. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html)>. Acesso em: 07 out. 2021.

CANOVA, J. L. **Em nome dos pais: a multiparentalidade nas famílias recompostas** como efeito da parentalidade socioafetiva. 2011. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Evolução Social) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Visão geral do código. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

A dogmática jurídica privada contemporânea: uma mostra da vivência da solidariedade como concretização da dignidade da pessoa humana

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

REIS, Jorge Renato dos, KONRAD, Letícia Regina, **O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil**, Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 1 – 2015.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J. R. (Org.); LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. T. 7.

REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Julia Gonçalves. **O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade**. Revista constituição e garantia de direitos, 2017, p. 223-242 ISSN1982-310X. set-dez

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

# INTERTEXTUALIDADE NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DO SUPORTE OFERECIDO PELO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DAS DECISÕES JUDICIAIS

**Tiago Cappi Janini**

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Paraná.  
tiagocappi@yahoo.com.br

**Mario Augusto Celegatto**

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Paraná.

**Resumo:** Para conseguir a concretização dos direitos sociais, os cidadãos têm buscado o Poder Judiciário que se vê diante de temas que originariamente eram exclusivos do Poder Executivo. Diante da judicialização do direito à saúde, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), a ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas à saúde. Eis o problema enfrentado nesse artigo: como se relacionam os textos do direito e os pareceres técnicos exarados pelo NAT? De que forma o magistrado pode utilizar os textos do NAT para produzir um texto jurídico? Partindo da premissa de que direito é texto, pode-se observar a relação entre o parecer do NAT e as decisões judiciais por meio da intertextualidade. Utilizando-se do método dedutivo, com análise bibliográfica, legislativa e jurisprudência, este estudo tem por objetivos específicos abordar o direito como texto e a intertextualidade, destacar o direito à saúde na Constituição Federal e na legislação, analisar o Poder Judiciário como garantidor de direitos não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, e, por fim, apresentar o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), esclarecendo o nexos, a pertinência de sua implementação, bem como sua influência nas decisões judiciais, valendo-se das premissas da intertextualidade. Conclui-se que a intertextualidade entre o parecer do NAT e o texto da decisão judicial deve ser feita de acordo com as normas de competência prescritas pelo sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Intertextualidade. Ativismo Judicial. Direito à saúde. Direito como texto.

*Intertextuality in Law: the importance of the support offered by the center of technical support for the implementation of the right to health by judicial decisions*

**Abstract:** To achieve the accomplishment of social rights, citizens have sought the Judiciary that is in front of themes that were originally exclusive to the Executive branch. In front of the judicialization of right to health, it was necessary to create a (NAT), to be consulted by the magistrate with the goal to assist him in decisions related to health. Here's the problem faced in this article: how to relate the texts of law and the technical opinion formally registered by NAT? How the magistrate can use NAT texts to produce a legal text? Starting from the premise that right is text, we can observe the relationship between the opinion of NAT and the judicial decisions through intertextuality. Using the deductive method, with bibliographic, legislative and case law analysis, this study will approaches the right as text and the intertextuality, sketch out the right to health in the Federal Constitution and in the legislation, analysis the Judiciary as guarantor of rights not enforced promptly by the Executive Branch, and, finally, presenting the Center of Technical Support (NAT), clarifying the causal, the relevance of your implementation, as well as your influence on judicial decisions, making use of the premises the intertextuality. It is concluded

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

that the intertextuality between the opinion of NAT and the text of the judgment must be made in accordance with the rules of jurisdiction prescripts by the legal system.

**Keywords:** Intertextuality. Judicial Activism. Right to health. Law as text.

## INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos sociais é um dos temas que mais tem dispensado a atenção dos juristas. A Constituição de 1988 trouxe um vasto rol de direito e garantias fundamentais aos cidadãos. Acontece que não basta vê-los positivados, é preciso que sejam concretamente usufruídos por toda a população.

Nesse contexto, se encontra o direito à saúde: ampla previsão constitucional e infra legal, porém com vários problemas de implementação prática. Ao se deparar com um direito que é constitucionalmente assegurado a todos, mas que não lhes são efetivamente colocados dignamente à sua disposição, os cidadãos buscam no Poder Judiciário a garantia da prestação dos serviços públicos de saúde, reitera-se, constitucionalmente previstos.

Considerando, portanto, as deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), muitas vezes, a intervenção jurisdicional, considerada abstratamente indesejada em termos técnicos, torna-se indispensável para a efetivação do direito em comento. Todavia, as demandas que envolvem a efetivação do direito à saúde são complexas, tratando de conhecimentos técnicos que vão além da formação do magistrado. Diante da judicialização do direito à saúde, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), a ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas a medicamentos e outros meios de tratamentos e procedimentos específicos, garantindo o acesso ao conhecimento técnico necessário para um julgamento seguro.

Valendo-se da premissa de que direito é texto, este estudo aborda a dicotomia existente entre a teoria constitucional e a implementação prática do direito à saúde no Brasil por meio das decisões judiciais. Há, desse modo, uma relação entre textos que envolvem tanto a produção normativa, que se inicia com a Constituição e até altos níveis de individualidade e concretude com a decisão judicial, e também a utilização de outros textos para a elaboração dos textos jurídicos, como é o caso do diálogo entre os pareceres do NAT e a sentença.

Eis que surge o problema: como se relacionam os textos do direito e os pareceres técnicos exarados pelo NAT? De que forma o magistrado pode utilizar os textos do NAT para produzir um texto jurídico?

A pesquisa será desenvolvida por meio da aplicação do método dedutivo, com análise bibliográfica, legislativa e jurisprudência, com a intenção de demonstrar a hipótese de que a intertextualidade entre os pareceres técnicos do NAT e a decisão judicial são regulamentados pelo sistema jurídico por meio das normas de competência.

Diante disso, este estudo irá abordar o direito como texto e a intertextualidade, destacar o direito à saúde na Constituição Federal, fazendo uma breve e necessária explanação sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), analisar o Poder Judiciário como garantidor de direitos não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, no intuito de demonstrar a importância do papel do Judiciário na efetivação dos direitos e garantias positivadas no texto constitucional, e, por fim, apresentar o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), esclarecendo o nexos, a pertinência de sua implementação, bem como sua influência nas decisões judiciais, valendo-se das premissas da intertextualidade.

# 1 O DIREITO COMO TEXTO

Para fins deste trabalho, parte-se da premissa que direito é texto. Gregorio Robles já defende essa ideia em sua Teoria Comunicacional do Direito. Em virtude de a linguagem ser o único modo de expressão do direito, Gregorio Robles (2015, p. 91) concebe uma Teoria do Direito como uma análise da linguagem dos juristas, compreendendo o direito como um sistema de comunicação que se vale das palavras para se expressar. Inclusive os atos jurídicos verbais são consubstanciados em linguagem escrita. Nesse sentido, afirma-se que o Direito é linguagem; é texto. A *Constituição Federal*, as *leis*, os *decretos*, as *sentenças*, os *contratos* são textos. Melhor explica o autor espanhol (ROBLES, 2015, p. 92): todo ordenamento jurídico é um grande texto unitário formado por textos parciais, a Constituição, as leis, as sentenças, etc.

Admitir que o direito é linguagem significa adotar um ponto de partida para o estudo do direito, que permite ao seu intérprete utilizar-se de ferramentas da filosofia da linguagem, da linguística, da semiótica, para compreender melhor o fenômeno jurídico. Todavia, alerta Gregorio Robles (2015, p. 93) que essa não é uma posição ontológica forte, preocupada com uma definição da essência ou substância do direito. Nada impede, inclusive, que se combine a observação do direito como texto com uma tese acerca de sua essência, como ser o direito um fato social ou a ideia de justiça.

Um dos aspectos que pode ser observado no estudo do direito considerado como um texto é a intertextualidade. Por intertextualidade entende-se “[...] o processo de incorporação de um texto em outro, seja para reproduzir o sentido incorporado, seja para transformá-lo” (FIORIN, 2011, p. 30). Os textos são construídos por meio da absorção e transformação de outro texto. A intertextualidade indica as relações entre textos. A construção de um texto sempre decorre de outros textos. Sendo o direito um texto formado por diversos textos parciais, a produção de cada um desses textos se relaciona com os textos jurídicos anteriormente elaborados.

No direito, esclarece Priscila de Souza (2014, p. 101), a intertextualidade se manifesta de duas maneiras: (i) entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e (ii) entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. No caso da produção de uma lei, por exemplo, o legislador sempre deve levar em consideração os outros textos jurídicos existentes, como a Constituição, mantendo um verdadeiro diálogo entre eles. Do mesmo modo, a influência de outros sistemas no sistema jurídico se dá por meio de textos: textos econômicos apontam para aumento ou diminuição da alíquota do IPI para elevar o consumo de um produto.

No processo de positivação de normas, que consiste na produção de normas que se inicia com normas gerais e abstratas até se chegar a elevados níveis de individualidade e concretude, o juiz para produzir uma sentença muitas vezes se utiliza de elementos fora do sistema jurídico, mas nele inseridos por meio de normas. Outros textos se relacionam com o texto jurídico, em toda essa cadeia produtiva de normas. Advirta-se, porém, que esses textos têm de ser incorporados pelo sistema jurídico conforme o próprio sistema jurídico determina, valendo-se das normas de competência. É o que afirma Priscila de Souza (2014, p. 101): “Ao direito cabe estabelecer os limites dessa intertextualidade, mediante a edição de normas que determinem a forma como a intertextualidade pode/deve atuar no ordenamento jurídico”.

É nesse contexto que se analisará o suporte oferecido pelo Núcleo de Apoio Técnico aos juízes quando estiverem diante de lides complexas que envolvem o direito à saúde. São textos (técnicos) que influenciam a produção de outros textos (jurídicos). Antes, entende-se oportuno tratar do direito à saúde no sistema jurídico brasileiro.

## 2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988, dado seu conteúdo iminentemente humanístico, é de fundamental importância para a saúde, sendo a primeira constituição brasileira a positivar a saúde como um direito fundamental de interesse público, ao declarar, em seu artigo 196, que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado”. O direito à saúde é constitucionalmente consagrado como um direito social (art. 6º) de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23), assegurado a todos os cidadãos e de prestação obrigatória pelo Poder Público (art. 196), mas aberto à iniciativa privada (art. 199).

Canotilho (1993.p. 667) esclarece ser a saúde um direito social, independente das imposições constitucionais que tenham por objetivo garantir sua eficácia e das prestações que são fornecidas pelo Estado para assegurá-lo. Considerada direito fundamental, a saúde demonstra a compreensão dos constituintes com a vida humana como bem supremo (BULOS, 2014, p. 1568).

Com base no disposto no art. 196 da Constituição Federal, Gilmar Mendes (2014, p. 643) apresenta seis elementos relacionados ao direito à saúde: (i) direito de todos; (ii) dever do Estado; (iii) garantido por políticas sociais e econômicas; (iv) que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos; (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; (vi) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Considerar o direito à saúde como um direito de todos afasta a classificação do art. 196 da Constituição Federal com uma norma programática, incapaz de produzir efeitos imediatos. De modo inverso, há um direito subjetivo do indivíduo em face do Estado que deve promover a saúde. Há, então, como contrapartida na relação jurídica, o dever fundamental de o Estado prestar a saúde.

Esse dever do Estado é concretizado por meio de políticas públicas, sociais e econômicas que tenham por escopo a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Evidencia-se a sua dimensão preventiva. A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946 estipula essa definição ampla para a saúde: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. Do mesmo modo, o art. 198, II, do texto constitucional prescreve que as ações e serviços públicos de saúde organizam-se para o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, dentre outras diretrizes.

Trata-se, portanto, de um poder-dever do Estado. Ele necessita agir. E não só agir, mas também atuar de forma eficiente, garantindo a todos um amplo acesso à saúde. O Poder Público não pode se omitir, deixar de desenvolver políticas públicas que priorizem a profilaxia e não as colocar em prática. Além disso, precisa prestar atendimentos aos enfermos condizentes com a dignidade do ser humano.

As políticas públicas no âmbito da saúde, preferencialmente preventivas, não podem conter preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Em outras palavras, predomina o princípio da igualdade na assistência à saúde. Além de garantir o acesso para todos e de forma igualitária, as políticas públicas buscam a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Conclui, com total razão, Gilmar Mendes (2014, p. 644) que os problemas de eficácia do direito à saúde estão muito mais relacionados com questões de implementação e manutenção das políticas públicas já existentes do que com a falta de legislação: “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”. O cidadão não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do Poder Público. Desse modo, é preciso que a Administração Pública atue efetivamente não só garantindo o direito de

acesso à saúde, mas também desenvolvendo programas para evitar a propagação de doenças e epidemias. Afirma Fabiano Gomes (2010, p. 176) que “mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O direito à saúde envolve um universo diversificado, não se restringindo, unicamente, à assistência prestada pelo médico ao doente. Deve ir além. A prevenção precisa ser vista como prioritária. Assim sendo, constata-se que a ineficácia de algumas ações ligadas à concretização do direito em análise não ocorre pela falta de positividade, seja em âmbito constitucional ou legal, mas tem relação com outros fatores, como, por exemplo, questões relacionadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde. Diante disso, o cidadão está buscando no Poder Judiciário amparo para a concretização do direito constitucional à uma saúde digna, o que vem proporcionando demandas de alta complexidade, tendo em vista tratarem de temas poucos afeitos aos magistrados.

### 3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiram os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados – SUDS, que se transformaram, em 1990, no Sistema Único de Saúde (SUS). O artigo 198 da Constituição determina que o SUS é formado por uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo; com atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

Importa destacar que o sistema de saúde proposto pelos constituintes prevê uma ampla participação da comunidade em sua execução além de enfatizar as atividades preventivas. Porém, as políticas públicas propostas muitas vezes marginalizam a sociedade e deixam de enfrentar os problemas relacionados com a prevenção.

Já o artigo 200 da Constituição discorre a respeito das atribuições do Sistema, suas obrigações, consoante o texto do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Após, surgiram leis infraconstitucionais com a finalidade de concretizar o direito à saúde no Brasil, dentre elas, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que regula a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde.

Conforme o artigo 4º da Lei 8.080/90, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, podendo a iniciativa privada participar do SUS, em caráter complementar (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 8.080/90).

A Lei nº 8.080, em seu artigo 5º, traz os objetivos e atribuições do SUS. Ocorre que para o realizar de tais objetivos, mostra-se necessária a criação de políticas públicas estatais com o intuito de atingir a efetivação da saúde como meio para uma boa qualidade de vida, atendendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os princípios do SUS estão previstos no artigo 7º da Lei nº. 8.080/90: (i) princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (ii) princípio da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (iii) princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (iv) princípio da igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; (v) princípio do direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; (vi) princípio da divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; (vii) princípio da utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; (viii) princípio da participação da comunidade; (ix) princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; (x) princípio da integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; (xi) princípio da conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; (xii) princípio da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; (xiii) princípio da organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos; e (xiv) princípio da organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras.

Ocorre que a Constituição Federal em certa medida prometeu uma série de providências e foi infraconstitucionalmente acompanhada, mas, infelizmente, a população não consegue perceber a concretização dessas promessas e iniciou-se um processo de judicialização do direito à saúde, ou seja, deu-se marcha a uma série de demandas (que crescem em proporções astronômicas) pleiteando junto ao Poder Judiciário o direito ao recebimento de medicamentos, realização de cirurgias, entre outras providências.

Ante o exposto, nota-se que, em razão da ausência de assistência adequada à saúde por meio de ações do Poder Executivo, as demandas judiciais que objetivam a concreta implementação do direito à saúde aumentaram significativamente, ocasionando o que muitos denominam de fenômeno da judicialização, que tem como consequência prática o dito ativismo judicial.

## 4 ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE

A saúde, embora seja um direito fundamental, não ostenta caráter absoluto. A relatividade dos direitos fundamentais é uma de suas características mais conhecidas, de modo que, havendo conflitos entre eles (direitos fundamentais), cabe o sopesamento de um sobre o outro, pelos critérios estabelecidos em lei. Nesse sentido, o Judiciário é, em grande maioria, o responsável por ponderar e relativizar estes direitos.

A questão da judicialização dos direitos sociais, quando se trata do direito à saúde, assume contornos ainda mais delicados, por conta da própria natureza desse direito, fortemente vinculado à vida, que é direito inalienável nos moldes da Constituição. Dessa maneira, ao se tratar da possibilidade de interferência do Poder Judiciário no destino de recursos públicos, determinando a concessão de medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados, surge, obrigatoriamente, uma questão complexa, visto que está em jogo “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2013, p. 161).

Cabe ao Poder Judiciário dizer o direito a quem o solicita. Trata-se de uma análise razoável por um terceiro desinteressado, o juiz, além de configurar um projeto de organização da sociedade. Compete-lhe a interpretação da norma, dando significado lógico direcionado ao objeto (LAFER, 1988. p. 284).

Nas lições de Isaac Sabbá Guimarães (2014, p. 163):

A fixação da premissa de que o Juiz não encontra soluções prontas e acabadas na Lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja por que o ordenamento jurídico é, *tout court*, fragmentário, leva-nos a admitir que o ofício judicante só será possível na medida em que aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individualização do Direito, exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do Juiz que, dispondo da prerrogativa-dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Diante da escassez, da fragilidade e da ineficiência dos órgãos públicos protetores do direito à saúde, há um considerável aumento pela busca do Poder Judiciário por aqueles que tentam salvaguardá-lo. Em regra, a atribuição de formular e implementar políticas públicas é de responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, excepcionalmente, essa incumbência é atribuída ao Judiciário quando os órgãos competentes comprometem a efetivação dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde. Essa atuação não é hipótese violadora do princípio da separação dos poderes, como explicam Thiago Russo e Neide Lehfeld (2016, p. 326):

O controle de políticas públicas na área da saúde pelo judiciário não causa lesão à teoria de separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal porque atua em casos excepcionais em que os Poderes Executivos e Legislativos não cumpriam com suas atribuições ordinárias, acarretando prejuízos ou até uma possível aniquilação aos direitos fundamentais dos cidadãos e das promessas de modernidade até hoje não implementadas.

Sucedem que a grande maioria dos casos relacionados ao direito à saúde exige uma urgência especial para sua solução. Essa atuação dos magistrados nas demandas que envolvem o direito à saúde é destacada por Dirceu Siqueira (2009, p. 175) pois está diretamente ligado ao direito à vida, e o manuseio inadequado dos instrumentos processuais traz sérias consequências aos demandantes, o que requer uma atuação mais efetiva por parte do juiz. Nesse ponto, importante salientar que, diante da ausência de conhecimento médico pelo magistrado, faz-se necessária a comunicação entre os saberes para que se alcance a concretização do direito à saúde. Eis aqui uma outra premissa lógica: do magistrado é exigível o conhecimento jurídico, sendo que, em

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

havendo necessidade de outros conhecimentos técnicos alheios ao direito, deve o juiz se servir de auxiliares ou de mecanismos próprios.

É o que explica Silvia Badim Marques (2011, p. 298):

Sem pretender que o juiz perca a sua função específica de “dizer o direito”, sem querer que o médico perca a sua função específica de cuidar do doente com sua base de conhecimento médico, e sem pretender que os gestores públicos deixem tomar decisões coletivamente vinculantes, é preciso que se criem canais de comunicação entre esses saberes para que, cada qual, possa exercer sua função específica na sociedade de forma mais condizente à sua complexidade.

Ante o acima exposto, é possível verificar que a proposta não é desvirtuar funções, mas adequá-las de modo a criar um sistema para atuação em conjunto, de forma que, assim como a situação da saúde no país se mostra complexa, proporcionalmente deverá ser o atendimento, bem como as soluções judiciais, de modo que possam ser atendidas as necessidades ora pleiteadas, especialmente no tempo em que ainda for útil a prestação jurisdicional, em virtude do princípio da duração razoável do processo.

O juiz deverá decidir com base em provas apresentadas no processo, valendo-se de uma análise fundamentada. Dworkin (2010, p. 317) apresenta dois conceitos pelos quais poderá o Judiciário se utilizar, primeiro é o conceito interpretativo, por meio do qual, com base nas provas e nos argumentos apresentados, poderá ser formada uma decisão fundamentada na interpretação da norma legal aplicada ao caso, e segundo conceito é o criteriológico, que estabelece que a decisão será embasada em critérios evidenciados e comprovados.

O acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB), garantido a todos, é o meio utilizado para materialização de direito e, por consequência, reflexo de respeito e credibilidade à garantia do Estado Democrático de Direito (TOMÉ, 2014, p. 13). A despeito do que preceitua o princípio do acesso à justiça, a mera declaração do direito traz apenas expectativa, não significando a realização de justiça, de modo que, a satisfação da sociedade (a conclusão da lide sociológica, a pacificação social), enquanto jurisdicionada, se dará no momento da aplicação do direito, da concretização dos direitos fundamentais, alterando sua realidade social, de tal modo, terá o cidadão a satisfação da sua pretensão (NEME; MOREIRA, 2011, p. 21).

Observa-se que o magistrado ao produzir o texto “sentença” ou “acórdão” vale-se de outros textos jurídicos, como a legislação e a Constituição. Os textos probatórios igualmente servem de apoio aos juízes no momento de “dizerem o direito” aplicável ao caso concreto. É o fenômeno da intertextualidade presente na produção normativa da sentença. São textos jurídicos que se relacionam para a produção de novos textos jurídicos.

Apesar de estarem distribuídas as funções, o poder estatal é uno e indivisível, a distribuição de funções teve o objetivo de, apenas, viabilizar o cumprimento dos deveres do Estado com eficiência. Em apertadíssima síntese, o Judiciário objetiva garantir a proteção da ordem constitucional, o que fará mediante provocação, em casos excepcionais de não cumprimento da pretensão pelo Executivo.

Ocorre que essa divisão se desvirtuou, levando o Judiciário de seu papel subsidiário ao protagonismo na efetivação dos direitos fundamentais, o que se consigna desde logo, não parecia ser uma aspiração dos magistrados, mas, deu-se por absoluta necessidade. Para o doutrinador Boaventura de Souza Santos (2014, p. 20), o protagonismo do judiciário tem como causa o desmantelamento do Estado social e a precarização dos direitos sociais e econômicos. Importante, então, esclarecer que tal circunstância é causa e não consequência.

Todavia, é necessário enfatizar que nem sempre os recursos públicos são suficientes, de modo que, a atuação do Estado encontra respaldo, quando da negativa de medicamentos ou até mesmo em outros casos, na cláusula da reserva do possível (FERREIRA FILHO, 2012. p. 702).

De todo modo, deve o Poder Judiciário empreender forças em efetivar os direitos fundamentais, mas, antes disso, é precípua que se verifiquem as razões da negativa apresentada pela Administração. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet (2014 p. 667) alertam que existindo políticas públicas que concretizem o direito constitucional à saúde, o Poder Judiciário deve, diante de demandas que requerem sua concretização, como o fornecimento de medicamento, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação, porquanto não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde; a sua obrigação é verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Por conseguinte, a atuação judicial deve garantir a efetivação do direito à saúde, mas, ao mesmo tempo, atentar-se para a preservação da harmonia entre os Poderes da República. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário se restringe em verificar se as políticas públicas realizadas pelos órgãos competentes atendem aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário. E essa função é exercida mediante a produção de textos jurídicos, que derivam de outros textos.

## **5 O NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO (NAT): A INTERTEXTUALIDADE NA LINGUAGEM JURÍDICA**

A carência na efetivação dos direitos fundamentais trouxe, em via consequente, um protagonismo excessivo do Poder Judiciário, conhecido por ativismo judicial, de modo que representa um socorro para a sociedade, perante a negativa da prestação administrativa, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. Diante desse ajuizamento excessivo de ações objetivando garantir a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna e a falta de conhecimento técnico dos profissionais incumbidos de realizar o julgamento das demandas, surgiu a necessidade da criação de um sistema de integração e amparo ao Poder Judiciário com o objetivo, entre outros, de assegurar um julgamento mais justo àqueles que procuram a solução judicial.

Deve-se atentar que o direito não prescinde de outros sistemas para sua correta aplicação. É evidente que o direito deve ser produzido conforme as regras jurídicas que prescrevem a forma de criação de novas normas jurídicas. São conhecidas como normas de estrutura, normas de competência ou normas secundárias. Apesar de o direito regular sua própria produção, não significa que não deva sofrer irritações de outros sistemas, direcionando o ciclo de normas. Ao se adotar a premissa de que o direito é texto, a intertextualidade é importante conceito para de determinar essa relação.

Ao se produzir um texto que o sistema jurídico chama de “sentença” ou “acórdão”, o magistrado se vale de outros textos: Constituição, legislação, provas, etc. Uma incessante relação entre textos, nesse constante processo de produção de normas. Em muitos casos, diante da complexidade da demanda, os magistrados procuram amparo em textos mais técnicos, que lhes permitem uma melhor compreensão do tema em litígio. É o caso das lides que tratam do direito à saúde. São assuntos específicos, com termos e expressões próprias, que fogem, muitas vezes, do conhecimento dos juízes. Nessa hipótese, é extremamente salutar o auxílio de profissionais da área da saúde que, com maior conhecimento da questão em disputa, irá trazer fundamentais subsídios para a tomada de decisão do Poder Judiciário.

Diante disso, a partir da necessidade de analisar as peculiaridades de cada caso, levando em consideração os postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial e os demais princípios constitucionais, foi criado um sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da saúde para dar atendimento às resoluções 107/2010 e 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para dar mais elementos a juízes de todo o Brasil. São textos. Trata de uma iniciativa cujo propósito não é eliminar a judicialização da saúde, mas oferecer ao Judiciário um respaldo técnico para a análise dessas demandas, contribuindo, inclusive na prevenção de fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

A criação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) atende, ainda, a recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas com o objetivo de oferecer apoio técnico para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde”.

Em suma, a finalidade essencial do programa é fornecer aos magistrados informações na área da saúde, por meio de pareceres técnicos emitidos por médicos e farmacêuticos, com vasto conhecimento e experiência na área da saúde, depois de verificadas as informações constantes dos autos, de modo a possibilitar maior qualidade, conhecimento e segurança sobre aspectos médicos e farmacêuticos nas demandas de saúde, principalmente por ocasião de pedidos de tutela antecipada ou liminares. Assim, o NAT recebe solicitações judiciais de informações sobre diferentes aspectos, relacionados ao Direito à Saúde, e elabora pareceres técnicos, visando uma maior integração entre os membros do Poder Judiciário, bem como auxiliar os juízes a decidir sobre pedidos de medicamentos, realização de cirurgias ou outros tratamentos.

Expostos os motivos que de fato levaram o Conselho Nacional de Justiça a implementar o NAT, foi elaborado, pelo próprio CNJ, o Enunciado nº 59, da II Jornada de Direito da Saúde, o qual determina que: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”. A Medicina Baseada em Evidências consiste na padronização de medicamentos de componentes especiais, apresentando-se como a via mais adequada para atender a sociedade. No entanto, se faz necessária a demonstração da eficácia do medicamento para o tratamento da enfermidade, de acordo com o caso clínico apresentado, já que essa medida representa um padrão a ser estabelecido na Política Pública proposta pelo Estado.

Para demonstrar a importância do NAT para a tutela do direito à saúde, cita-se o Estado do Paraná, que se utiliza do núcleo desde 2013, tanto na esfera federal, quanto na estadual, conforme pode ser documentado a partir do seguinte trecho:

De acordo com Gebran Neto, trata-se de importante conquista, que se concretizou graças a decisiva atuação do presidente do TJPR que acolheu proposta do Comitê da Saúde do Paraná e abrigou o funcionamento do Núcleo, em atenção à Recomendação nº 31 do CNJ. ‘Inicialmente o NAT contará com quatro ou cinco médicos (cedidos pelo TJPR, pela SESA e pelas operadoras de plano de saúde) e uma funcionária do TJPR, tendo esta última o encargo de receber as solicitações e encaminhá-las a um dos médicos’.

O CNJ e o Comitê Executivo da Saúde constaram que as questões técnicas - como a adequação do medicamento ou terapia proposta, a indispensabilidade de determinado remédio, eficácia curativa ou paliativa do tratamento, a fundamentação da prescrição em protocolos clínicos ou em medicina baseada em evidências e o respectivo grau de evidência, existência da aprovação do fármaco na ANVISA para a finalidade indicada, entre tantas outras questões - consistem atualmente na maior dificuldade enfrentada pelos magistrados para a decisão inicial da lide, vez que a urgência impede que uma cognição exauriente seja realizada até que seja tomada uma

decisão concreta. Por isso a importância da instituição do NAT e dos pareceres técnicos. Importante destacar que não se trata de órgão para realização de perícia judicial, mas apenas responsável por emissão de parecer técnico, frente ao caso concreto (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ).

Observa-se que a finalidade dessa iniciativa não é eliminar a judicialização da saúde, mas qualificar o Judiciário no processo de análise de demandas, como pedidos de acesso a um tratamento específico. Esse respaldo técnico tem como finalidade ajudar a prevenir fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

Portanto, nota-se que a padronização de um tratamento a cada tipo de doença seria, grosso modo, a pretensão do programa. De modo que a implementação de tal medida, associada a outras diligências, poderá trazer resultados significativos para o desafogamento do judiciário e, ainda, atender de forma efetiva aos cidadãos que se socorrem ao Judiciário para requerer seus direitos.

Observa-se que esses pareceres técnicos são textos cuja finalidade consiste em auxiliar o Poder Judiciário na decisão de lides que envolvem o direito a saúde. É um novo texto que irá influenciar a produção da sentença ou acórdão, textos jurídicos. É um claro exemplo de intertextualidade no direito. A elaboração da decisão judicial irá se relacionar com o texto dos pareceres técnicos.

Como foi dito alhures, a intertextualidade no direito ocorre entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. Os pareceres técnicos são textos produzidos fora do sistema jurídico, por especialistas da área da saúde. Entretanto, diante da alta complexidade das demandas que envolvem o direito à saúde, esses textos são sobremodo úteis ao Poder Judiciário para a resolução dessas demandas. Como são textos não jurídicos, há de se ressaltar que a sua intertextualidade com textos jurídicos deve se dar nos moldes determinados pelo sistema jurídico, por meio das normas de competência. A forma de utilização dos pareceres técnicos foi regulamentada pelo CNJ com as resoluções 107/2010 e 238/2016 e a recomendação 31 de 2010.

Os pareceres técnicos, portanto, são textos que influenciam a produção de novos textos jurídicos, principalmente as decisões judiciais que solucionam demandas na área da saúde. Por serem textos técnicos da área da saúde, não jurídicos, requerem normas de competência que determinam como devem ser utilizados pelo direito para que produzam efeitos jurídicos. Em outras palavras, a intertextualidade entre os pareceres técnicos e as sentenças têm de ser regulamentadas pelo próprio sistema jurídico, por meio das normas de competência.

## CONCLUSÃO

Não se pode negar a existência de um hiato entre os direitos fundamentais positivados no texto constitucional e a sua implementação prática. Diante dessa discrepância, em virtude da ausência do Poder Executivo em efetivá-los, há uma verdadeira onda de judicialização dos direitos sociais. Um direito que é rotineiramente tema das discussões judiciais é o direito à saúde. Nesse quadro, há a intervenção do Poder Judiciário para tirá-lo do papel e promover o seu uso pela população.

O direito à saúde é assegurado constitucionalmente e desenvolvido por meio de políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS). Porém, observou-se que, na prática, o referido sistema distancia-se em muito da sua projeção legal e isso se dá devido a vários fatores, como a má gestão das verbas públicas e a falta de investimento. A falta de efetividade das práticas do sistema

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

público de saúde origina a procura pelo Judiciário na busca de garantir efetivamente o direito fundamental social à saúde.

Ante a imprescindibilidade da atuação judicial na efetivação dos direitos relativos à saúde o Conselho Nacional de Justiça-CNJ propôs a criação de auxílio técnico de saúde ao Judiciário, denominado Núcleo de Apoio Técnico (NAT), que tem por objetivo apresentar aos magistrados pareceres técnicos, colaborando para a justiça das decisões e reduzindo as complexidades que envolvem a demanda.

Todavia, há a preocupação em se determinar como o magistrado pode utilizar os pareceres técnicos na confecção da sentença. Partindo-se da premissa de que direito é texto, formado por inúmeros textos parciais, é importante destacar a intertextualidade na produção normativa. Os textos se relacionam. Assim, um novo texto jurídico será elaborado a partir de outros textos já existentes.

A intertextualidade no direito se manifesta entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. Assim, o magistrado ao elaborar o texto de sua decisão deverá atentar-se aos demais textos jurídicos como a Constituição e a legislação específica do direito à saúde. Ademais, o direito se comunica com outras áreas do conhecimento. Sucede que os textos dessas outras áreas precisam ser incorporados no sistema jurídico conforme prescrevem as normas de competência. Ou seja, o direito regulamenta a intertextualidade entre textos jurídicos e não jurídicos.

Desse modo, os pareceres técnicos confeccionados pelo NAT são sobretudo importantes para a produção do texto jurídico sentença. Porém, sua relação com o direito é feita conforme determinam as normas jurídicas, nesse caso, mais especificamente a regulamentação apresentada pelo CNJ nas resoluções 107/2010 e 238/2016 e na recomendação 31 de 2010.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.159-187.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 18 out. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORIN, José Luiz. Polifonia textual e discursiva. In: BARROS, Diana Luz Pessoa de; FIORIN, José Luiz. **Dialogismo, polifonia, intertextualidade: em torno de Bakhtin**. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011. p. 29-36.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Responsabilidade do estado por ineficiência na prestação de serviços de saúde pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 12, p. 163-180, jan.-jun. 2010. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/165/165>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba/PR, ano 1, n° 1, p. 159-183, dez. 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARQUES, Sílvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Sistema dará respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas de saúde. **Agência CNJ de notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

NEME, Eliana Franco. MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 14, p. 13-33, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/184>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PARANÁ. Justiça Federal. Comitê da Saúde. Comitê Executivo. **Ata da 26ª Reunião do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde**. Disponível em: <[https://www.jfpr.jus.br/saude/ata\\_26.php](https://www.jfpr.jus.br/saude/ata_26.php)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Núcleo de Apoio Técnico (NAT) vai emitir pareceres técnicos na área do Direito à Saúde**. Disponível em: <[https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. v. 01, 6. ed. Navarra: Thomson Teuter, Editorial Civitas, 2015.

RUSSO, Thiago. LEHFELD, Neide. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 169-181, jan.-jun.. 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/132/132>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

SOUZA, Priscila de. Intertextualidade na linguagem jurídica: conceito, definição e aplicação. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014. p. 93-120.

TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça**: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

# O CONTRATO DE SEGURO E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE CONTRATUAL EM FACE DO TERCEIRO

**Thomaz Jefferson Carvalho**

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.  
thomaz@carvalhoerodrigues.adv.br

**Felipe Campanha Pastori**

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.  
felipepastori@gmail.com

**Resumo:** A demanda contratual no campo de seguro vem crescendo gradativamente, surgindo então a necessidade do estudo nessa área. Contrato de seguro pode ser entendido como o contrato em que ambas as partes com um interesse comum se obrigam entre si, ou seja, o segurador se obriga com o segurado a garantir o interesse ali presente no contrato. A metodologia utilizada para o presente estudo se fundamentou em um levantamento e revisão bibliográfica qualitativa e quantitativa, utilizando de periódicos, livros e artigos impressos e digitais, do referido assunto. O presente estudo teve como principal objetivo a identificação da importância do mesmo, esclarecendo o que um contrato de seguro deve conter, explanando sobre seguridade contratual e seu papel jurídico, discutindo a mitigação da relatividade contratual de terceiros. Concluindo ao final do estudo o quão é importante a função da informação em um contrato de seguro e que a mesma deve ser bem esclarecida para evitar conflitos judiciais.

**Palavras-chave:** Conflitos. Informação. Mitigação.

*The insurance contract and the mitigation of the principle of contractual relativity in face of the third party*

**Abstract:** The contractual demand in the insurance field has been growing gradually, then the need for a study in this area arises. Insurance contract can be understood as the contract in which both parties with a common interest are bound by each other, that is, the insurer is obliged with the insured to guarantee the interest present in the contract. The methodology used for the present study was based on a qualitative and quantitative bibliographic review, using periodicals, books and printed and digital articles, of the referred subject. The present study had as main objective the identification of its importance, clarifying what an insurance contract should contain, explaining about contractual security and its legal role, discussing the mitigation of third party contractual relativity. Concluding at the of the study how important the function of information is in an insurance contract and that it must be well clarified to avoid legal conflicts.

**Keywords:** Conflicts. Information. Mitigation.

## INTRODUÇÃO

A procura por contratos nessa modalidade se dá muitas vezes pela tentativa de segurança tanto com seus bens (casa, carro), tanto com sua saúde e os seguros de vida, onde que em todas essas modalidades há uma crescente procura.

No decorrer desse estudo, iremos relatar um pouco sobre a importância da informação, essa que é peça fundamental em qualquer tipo de contrato, mas em especial nos contratos de seguro, pois a compreensão da informação pode variar de indivíduo para indivíduo de acordo com o contexto que ela é produzida e compartilhada, ou seja, quando relacionada a ação jurídica é mantida a importância, especialmente quando vinculada ao âmbito privado.

Assim, partindo da ideia inicial que o contrato de seguro visa a garantia do bem segurado, englobando o risco envolvido para a garantia do mesmo, o valor do prêmio e ou indenização que a seguradora impõe como garantia do serviço prestado caso ocorra o risco ou dano, onde qualquer informação obtida e ou omitida durante a efetuação do contrato, pode acarretar em transtornos e ações judiciais.

Desse modo, se baseando nos principais autores encontrados na literatura e no Código Civil brasileiro, o presente estudo foi desenvolvido por meio de uma análise documental e revisão bibliográfica, tendo os conceitos analisados através de revistas, jornais e livros impressos ou digitais e, artigos e editorial para a realização do mesmo.

Contudo, o estudo tem por objetivo identificar a importância e esclarecer o que um contrato de seguro deve conter, além disso, tende a explanar sobre seguridade contratual, seu papel jurídico e mitigação da relatividade contratual de terceiros.

## **1 DO CONTRATO AO SEGURO: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Com origem no Direito Romano, o contrato, surgiu baseado nas ideias e experiências, passando ao longo do tempo por diversas transformações em seu conceito. Durante o Direito Romano Clássico, eram estabelecidos um determinado número de contratos (BALDON. 2010).

No Direito Romano, segundo Justinaus (p. 157), existiram três espécies de contrato: o per aes et libram (bronze e balança), verba (palavras) e litterae (letras). O contrato bronze e balança refere-se aos mais antigos dos contratos, no qual o devedor vendia-se ou dava como garantia para o cumprimento de determinada obrigação.

Baldon (2010) relata que no contrato do tipo verba se firmava na palavra, ou seja, as palavras trocadas entre as partes se caracterizavam na obrigação a ser cumprida. Esse que sofreu modificação nos últimos anos da República, aonde a palavra passou a ser escrita e com a presença de provas da existência do conteúdo, essas provas se baseavam por meio de testemunhas.

Já o contrato letras se refere ao modelo onde as obrigações devem ser escritas. Com a Lei das XII Tábuas no Império Romano, o contrato na forma escrita passa a ter mais valor, passando a ser uma forma de transmissão de informação e obrigações (BALDON, 2010).

Segundo Neto (2015) outra forma importante de contrato utilizado no Direito Romano era o mancipa tio, isto é, uma espécie de acordo e negócio jurídico bilateral e formal onde ocorria a transmissão da propriedade de forma física, ou seja, sem formalidade. Para a execução de tal prática era necessária a presença de no mínimo cinco testemunhas, a presença das mesmas garantia o valor da propriedade e bens transmitidos, permitindo que terceiros pudessem exercer possíveis direitos sobre os bens.

Ainda no Direito Romano, de acordo com Baldon (2010), o contrato se tornava um pacto obrigatório por intermédio da forma que o acompanhava, concebendo obrigações semelhantes entre as partes.

Com a passagem para o Direito Justinianeu, Baldon (2010) afirma que o número de contratos sofreu alteração, além disso, a ordem jurídica passou a conferir eficácia de gerar obrigações. Essa alteração, ainda segundo Baldon (2010) se caracterizou pela aceitação de contratos que não estão previstos na legislação e que passaram a produzir efeito jurídico por manifestarem a vontade de partes, esses contratos são chamados de inominados.

No período pertencente ao Estado Liberal o contrato surgiu como “um instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina e livremente” (THEODORO, 2014).

A liberdade individual que esse novo contrato possibilitou principalmente aos empreendedores uma nova perspectiva, segundo Negreiros (2006) tornou-se fundamental para o liberalismo econômico, permanecendo durante o século XIX e inspirou o Código Civil de 1916.

Atualmente entendemos por contrato de acordo com o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) como algo firmado por duas ou mais pessoas, é no contrato que se estabelece os direitos e deveres de ambos.

Gomes (2015) define como uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, ou seja, depende da presença de pelo menos duas partes. O dicionário brasileiro define ainda como contrato o pacto entre pessoas que se obriga a cumprir o que foi combinado sobre determinadas condições.

Quando falamos em Contrato de Seguros a informação deve ser rigorosamente eficiente, pois a informação é o elemento chave no processo contratual. Ainda de acordo com Nery (2015) quando repassada de forma adequada e precisa pode garantir equilíbrio, porém quando passada de forma deficiente, pode causar transtornos e confusão entre as partes.

Podemos definir contrato de seguro, de acordo com Diniz (2003), como algo em que uma das partes, chamada de segurador, se obriga com outra parte chamada de segurado, garantindo interesse relativamente legítimo a pessoa ou ainda a indenização decorrente a prejuízos ou danos causados previstos no contrato.

A partir de 2002, no Brasil, com o advento do Código Civil, surgiram algumas mudanças, aonde que a principal alteração se encontra no artigo 757 (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002) com a introdução da garantia do interesse legítimo do segurado (ROMERO & PAULA, 2018).

No artigo 757 é determinado que durante o contrato de seguro, o segurador se impõe a garantir interesse autêntico do segurando, em relação a pessoa ou coisa, mediante ao pagamento de prêmio. Além disso, no parágrafo único diz que somente pode ser parte do contrato uma entidade legalmente autorizada.

Quando se trata de contratos de seguros, como já visto, todo cuidado é fundamental, principalmente quando se trata das informações, que nele consta e que é passada para o outro.

Segundo Venosa (2013) os contratos de seguros, quando se trata da legislação civil, têm características peculiares as quais exteriorizam o campo contratual do direito privado.

No Brasil o contrato em questão foi inserido como uma forma de prevenir riscos nas atividades marítimas, o Art. 666 do Código Comercial de 1890 relata:

O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e riscos do mar, se obriga a indenizar ao segurado da perda ou dano que possa sobrevir ao objeto do seguro, mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado, só pode provar-se por escrito, a cujo instrumento se chama apólice; contudo julga-se subsistente para obrigar reciprocamente ao segurador e ao segurado desde o

momento em que as partes se convierem, assinando ambas a minuta, a qual deve conter todas as declarações, cláusulas e condições da apólice (Art. 666, 1890, online).

Somente em 1916, com o Código Civil, entrou em vigor pelo que hoje entendemos por contrato de seguro, com ampliação de seu alcance e modalidades (ROMERO E PAULA, 2002).

Segundo Marques (2004), atualmente quando se trata de contratos de seguros alguns princípios devem ser levados em consideração, essa modalidade contratual deve ser movida pelos princípios da boa-fé e pelo princípio do mutualismo. Estes que podem ser definidos como a exposição e aplicação do princípio da boa-fé, onde seguradora e segurado devem ser honesto.

Atualmente o termo “boa-fé” é muito utilizado no campo contratual do direito, esta que de acordo com Soares (2001) pode ser conceituada como uma atuação refletida, pensando no interesse do outro, tornando se possível o cumprimento do objetivo contratual e realização dos interesses de ambas as partes.

O princípio da boa-fé é vigente no Novo Código Civil, a qual pode ser dividida em objetiva e subjetiva. A objetiva pode ser entendida como uma regra de conduta, já a subjetiva pode ser definida como o estado psicológico do agente (PEREIRA, 2003).

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurídica (PEREIRA, 2003.p.30).

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal (COUTO E SILVA, 1976).

A partir do exposto acima, podemos entender, segundo Couto e Silva (1976) que o conceito dinâmico da boa-fé faz a separação entre autonomia e vontade, ou seja, a delimitação entre os dois.

A boa-fé gera deveres, oriundas da vontade. Os deveres oriundos da vontade são aqueles inerentes ao objeto de contrato, já os deveres de boa-fé surgem das circunstâncias (COUTO E SILVA, 1976).

Desse modo, agir com boa-fé na relação contratual é de fundamental importância, visto que quando atribuída de forma correta, muitos problemas podem ser evitados, além disso, o objetivo final do contrato é alcançado.

## 1.1 Seguro de pessoa e coisa

O seguro de pessoa se encontra nos artigos 789<sup>1</sup> a 802 do Código Civil brasileiro, segundo o artigo 789 a pessoa física pode contratar mais de um seguro. Já quando se trata dos interesses da indenização sobre a vida do outro, o artigo 790<sup>2</sup> relata que o mesmo deve declarar o interesse

---

<sup>1</sup> Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.

<sup>2</sup> Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado.  
Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

pela preservação da vida do segurado. Além disso, o artigo 791<sup>3</sup> declara que quando o beneficiário for substituído, esse deve ser avisado e corrigido no contrato, caso contrário, o pagamento será para o antigo beneficiário. No artigo 794<sup>4</sup> fica evidente que em casos de seguros de vida ou acidentes com ocorrência do óbito, o capital não será sujeito as dívidas e nem utilizado como herança. No artigo 796<sup>5</sup> relata-se sobre como o prêmio ou indenização será ministrada sobre o segurado ou beneficiário.

Em casos de suicídio (ato de o indivíduo tirar sua própria vida), o segurado que acaba cometendo nos primeiros dois anos do contrato em vigência, o beneficiário não tem direito ao capital estipulado, isto é, a indenização.

Porém de acordo com a Súmula 61, fica claro que em casos de suicídio não premeditado o seguro de vida cobre com pagamento de prêmio e indenização. Quando não premeditado em período de carência não exime o segurador do segurado, como mostra na Súmula 105.

Já quando se trata de seguro de coisas, este está mencionado nos artigos 778 a 788 do Código Civil Brasileiro. Nesse modelo contratual sempre é possível avaliar o real valor do bem, sendo possível mais de um contrato, desde que o valor do prêmio, não ultrapasse o valor do bem.

O artigo 779 do Código Civil deixa claro que o risco do seguro compreendia todos os prejuízos sejam eles para evitar o dano, evitar o sinistro ou salvar a coisa. No artigo 787 evidencia que no seguro de responsabilidade civil, o segurador deve garantir o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros, além disso, no artigo 788 a o relato que em casos seguros de responsabilidade legalmente obrigatório, em casos de indenização por sinistros, obrigatoriamente, o segurador deverá pagar a indenização diretamente ao terceiro prejudicado.

## 1.2 Característica e importância

Para o firmamento de um contrato devemos deixar claro as principais características de um contrato de seguro, que de acordo com a Folha de São Paulo (2020), essas características são bilaterais e onerosas, isto é, ambas as partes tem obrigações recíprocas. Outra característica é por se tratar de um contrato aleatório, ou seja, o segurado não sabe ao certo o que receberá em troca do prêmio, além disso deve ser realizado na forma escrita, ou seja, de maneira formal, obtendo adesão entre ambas as partes.

Durante o desenvolvimento do contrato de seguro, os seguintes itens devem estar presentes em sua composição: Prêmio, Risco, Indenização e Apólice (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

A classificação da apólice pode ser entendida como a titularidade, ou seja, é nela que contém o nome da seguradora, do segurado e do beneficiário, contendo a ordem e o portador (SILVA, 2012).

<sup>3</sup> Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade.

Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

<sup>4</sup> Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

<sup>5</sup> Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.

Segundo Marques (2011) com o passar do tempo, no campo contratual, criou-se a teoria da função social, isto é, o direito deixa de lado o ideal positivista e começa a adquirir a influência social, passando então a trabalhar com uma finalidade social para o contrato.

Assim a natureza dos contratos deve ser baseada na cooperação, isto é, seu objetivo não pode ser realizado de forma individual, pois suas consequências onerosas e danosas, afetara ambos envolvidos no contrato (NANNI, 2008).

Podemos citar como principais deveres do contrato de seguro a cooperação e como consequência a informação. De acordo com Couto e Silva (1976) todos os deveres anexos podem ser classificados como os deveres de cooperação, onde ambas as partes devem ser comprometidas.

Desse modo, quando assinado um contrato de característica bilateral, para o cumprimento dos deveres ali estabelecidos, se faz necessário a cooperação entre ambas as partes e como consequência a utilização da boa-fé (BETTI, 2003).

Outra característica do contrato de seguro é que ele pode ser uma relação contratual duradoura, isto é, a cobertura do seguro normalmente é durável e de realização continuada, pois sua função e extensão se delimita em função do tempo. (REGO, 2009).

Na execução de um contrato de seguro e fundamental que ocorra a sinalagma, a qual de acordo com o Direito Civil é o vínculo de reciprocidade e troca em um contrato entre duas partes (REGO, 2009).

A sinalagma nesse tipo de contrato pode ser executada da seguinte forma, o tomador primeiramente paga o prêmio e somente depois tem início aos efeitos dos contratos e, posteriormente a cobertura do seguro (REGO, 2009).

Atualmente é de grande importância o firmamento e a realização de um contrato de seguro, visto que segundo Martins (2000) o seguro vem garantir a proteção dos fenômenos sociais de acordo com a probabilidade de riscos.

Todos, sabemos que o risco existe, pois de outro modo não haveria necessidade de seguro. Em se tratando de patrimônio, focalizando um só indivíduo, a perda é aleatória, é uma possibilidade, podendo ou não ocorrer. Focalizando uma coletividade, a perda torna-se uma certeza, pois, fatalmente, em dos seus indivíduos será atingido. (MARTINS, 2000.p.26).

Desse modo, o interesse do segurado é que o risco, ou seja, o evento danoso, não ocorra, porém com a ocorrência do sinistro o segurador tem como principal função cobrir o risco, consistindo na proteção do direito do segurado (SILVA, 2012).

No novo Código Civil, a uma versão atualizada de contrato, passando a atualizar práticas e modalidades já utilizadas no mercado securitário, adotando o interesse legítimo, aonde o contrato de seguro para a ter um caráter unitário (SILVA, 2012).

Com a atualização do novo Código Civil, a provação desse contrato pode ser através, não somente pela apólice ou do bilhete, mas sim, qualquer outro documento que comprove o pagamento do respectivo prêmio (NERY, 2015).

Assim o contrato dessa modalidade é de fundamental importância tanto política, econômica e social, visto que visa garantir aos consumidores uma sensação de segurança e tranquilidade. Aonde que, deve ser compreendido através da constituição fornecendo suporte axiológico, ou seja, algo que constitui ou fala a respeito de valor, as normas empregadas tanto no Código Civil de 2002, bem como no Código de Defesa do Consumidor (FREITAS, 2010).

Outro fator importante para a contratação de um seguro se baseia na hipótese que na natural aversão do ser humano, há riscos, esses que são existentes tanto nas atividades humanas individuais, como em grupo e empresariais, desse modo, o seguro é utilizado como uma técnica de consolidação de riscos para se lidar com as incertezas (AZEVEDO, 2010).

De acordo com Nery (2015) as informações contidas no contrato de seguro devem estar pertinentes com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, onde que se considerada de alguma forma abusiva, a mesma deve sofrer nulidade.

Segundo Nery (2015) o contrato é aonde todas as informações devem estar contidas de formas claras, ainda de acordo com o autor, no mundo jurídico o processo contratual, incluindo o contrato de seguro, tem a seguinte expressão “o contrato faz lei entre as partes”, isto é, ele é determinante para segurar as contratações que serão prestadas bem como os pagamentos dos prêmios.

Silva (2012) relata que a inexistências das cláusulas durante a elaboração e a execução de um contrato de seguro pode resultar no risco do aumento do valor do seguro, aumentando o ônus ainda mais do consumidor.

Desse modo, o contrato bem elaborado visa garantir a segurança entre ambas as partes, isso é, entre segurador e segurado. Garantindo o respectivo prêmio ou indenização ao beneficiário.

## **2 SEGURIDADE CONTRATUAL E PAPEL DO JUDICIÁRIO**

Quando falamos em contrato de seguro, ou qualquer outro tipo de contrato em si, vem em nossa mente a segurança, ou seja, a seguridade contratual do mesmo. Na qual segundo a Constituição Federal, no artigo 194 podemos definir a seguridade como o conjunto integrado de ações de iniciativas tanto do poder público como também da sociedade, visando assegurar os direitos lá estabelecidos.

A segurança contratual nos garante que a principal função da seguradora, isto é, o contrato deverá ser cumprido e no final de sua vigência a garantia será entregue e em casos que não houver sinistro a garantia contra riscos predeterminados devem ser prestados (MOTTA, 2015). Além disso, garante que o objeto do contrato não seja confundido com as próprias coisas ou com as pessoas seguradas, garantindo que o objetivo seja salvo e atingido (BURANELLO, 2016).

O contrato nessa modalidade se torna uma estratégia de serviço, ou seja, judicialmente a seguradora que fornecerá o serviço está sujeita ao cumprimento de normas legais e administrativas, além da aplicação de normas favorável ao segurado que estão presentes no Código de Defesa do Consumidor (NORBIM, 2014).

Em alguns casos, decisões tratadas nas demandas securitárias podem ocorrer a descon sideração dos aspectos fundamentais que sustentam o contrato de seguro resultando em arranjos sociais ineficazes (RIBEIRO E SILVA, 2018).

Outro fator importante em seu papel judiciário se refere ao fato que as pretensões são acolhidas, mesmo os julgadores interpretando de forma mais favorável ao segurado, levando em considerações que todas as cláusulas contratuais no direito do consumidor, ou seja, do segurado (RIBEIRO E SILVA, 2018).

Um estudo nos mostra que no Brasil há cerca de 80 milhões de processos, desses, somente em 2016 foram registradas cerca de 860.245 novas ações referentes a contratos de seguros

(SOUZA, 2019). Diante disso, vemos a importância que um contrato e, principalmente, como dito anteriormente, a importância das informações contidas e como ela é repassada entre as partes, pois a interpretação das cláusulas ou a informação imperfeita são as principais causas das ações judiciais (CNJ, 2016).

Um exemplo de quão importante é a informação é o Decreto – Lei 72/ 2008 de Portugal, onde se estabelece o regime jurídico de um contrato de seguro, isto é, se tendo uma atenção especial para a informação (NERY, 2015).

Nesta reforma foi dada particular atenção à tutela do tomador do seguro e do segurado – como parte contratual mais débil -, sem descuidar a necessária ponderação das empresas de seguros. No âmbito da proteção da parte débil na relação de seguro, importa realçar dois aspectos. Em primeiro lugar, muito frequentemente, a maior proteção conferida ao segurado pode implicar aumento do prêmio do seguro. Por outro lado, a atividade seguradora cada vez menos se encontra circunscrita às fronteiras do Estado Português, sendo facilmente ajustado um contrato de seguro por um tomador do seguro português em qualquer Estado da União Europeia, sem a necessidade de se deslocar para a celebração do contrato (SILVA, 2009.p.41).

Ou seja, é necessário a exigência durante a execução do mesmo de esclarecimentos e informações acerca das condições dos contratos, devendo expor todos os requisitos até mesmo o modo de efetuar reclamações com os correspondentes mecanismos de proteção jurídica (NERY, 2015).

Uma importante função judicial do contrato de seguro refere-se ao fato que se referindo ao risco, ele pode ou não acontecer, desse modo, as prestações não tem equivalência no momento da contratação, aonde o segurado pode ganhar ou perder e o segurador afasta a álea por meio da massificação da operação de seguro (MIRANDA, 2000). Ou seja, afasta a possibilidade de risco simultaneamente á de lucro, isto é, á o afastamento do risco.

Além disso, diante de seu papel jurídico podemos relatar que o seguro advém da prevenção do riscos entre indivíduos que se exponham ao mesmo, caso essa exposição não aconteça há o que chamamos de locupletamento do segurador, ou seja, o enriquecimento do segurador e dessa forma justifica-se a pena (FRANÇA, 2015). No entanto, para a aplicação da pena é necessário o conhecimento do segurador, sem que a questão se resolva pela nulidade do contrato, por outro lado, se risco se der pelo comportamento e atitudes imputável ao segurado, o mesmo perde o direito a indenização (ALVIM, 2001).

Outro fator importante na ordem jurídica é identificar a questão da causa do contrato, pois segundo Azevedo (1998) a falta justifica em muitos casos do ponto de vista social e jurídico o próprio conteúdo de tal negócio, ou seja, do objetivo do contrato.

## **2.1 Contrato de seguro e sua relação com o terceiro**

Quando falamos de função jurídica contratual em relação a terceiro, vale lembrar que ao levar em consideração o direito subjetivo de contratar, temos que ter em mente que o terceiro é aquele que não é parte do negócio, este que chega pelo conceito de negação (MANHÃES, 2010). Por outro lado, quando levamos em consideração os princípios sociais do contrato, o terceiro em algum momento futuro pode sofrer lesões ou danos causados por alguma das partes do contrato.

Um das principais funções sociais em relação ao terceiro é que a seguradora tem por obrigação proteger o segurado e todas as pessoas que por ele forem prejudicadas. Em outros casos, quando o contrato beneficia ambas as partes, pode causar interferência no terceiro, isto é, o terceiro pode ser prejudicado (MANHÃES, 2010).

O pagamento de danos causados a terceiros se denominam responsabilidade civil, onde se torna uma subespécie do seguro de danos, limitando-se ao contido na apólice do seguro. Segundo Diniz (2000):

O contrato de seguro de responsabilidade civil é o contrato pelo qual se transfere, mediante prêmio estipulado, ao segurador as consequências de danos causados a terceiros pelos quais o segurado possa responder civilmente. O seguro de responsabilidade contratual ou delitual resulta do ressarcimento de uma dívida de indenizar dano a cargo de segurado (DINIZ, 2000,p.15).

Marensi (2003) ainda define responsabilidade civil de um contrato de seguro como “aquela espécie de seguro no qual o segurador se obriga a indenizar o segurado do dano patrimonial para que este sofra como consequência legal de uma responsabilidade civil, não penal, em que haja incorrido.”

Assim a responsabilidade civil passa a seguradora a obrigação de pagar as perdas e os danos causados pelo segurado, o qual é liberado do dano que causou, mantendo assim seu patrimônio (SANTOS, 2008).

[...] o seguro é pensado, em toda sua estruturação, como técnica apta a garantir indenização necessária e devida, ao passo que a responsabilidade civil só conseguirá "indenizar" à medida do patrimônio do responsabilizado, o que na maioria das vezes não permite seja alcançado o objetivo final. As execuções civis frustradas, em parte ou no todo, são infinitas vezes mais numerosas do que as que atingem a satisfação do crédito (SANTOS,2008, online).

Desse modo, conforme o exposto acima, o contrato de seguro vem juntamente com a Responsabilidade Civil, para garantir ao segurando o pagamento da indenização que por algum ato ilícito seja imposta.

O Supremo Tribunal de Justiça, ainda atribui função social ao contrato de seguro, reconhecendo-se a legitimidade de terceiros durante uma ação movida pela vítima contra a seguradora, por outro lado, vale lembrar que o contrato de seguro vinculado a Responsabilidade Civil, não é um acordo celebrado em favor do terceiro (SANTOS, 2008). Além disso, deve se distinguir durante a elaboração de um contrato, o que seria terceiro e o que seria beneficiário.

Em relação ao ressarcimento de danos ao terceiro prejudicado, o sistema jurídico brasileiro relata que o acionamento do mesmo deve ser realizado diretamente com a seguradora, aonde o sistema tribunal vem adotando essa medida desde 2002, com base na tese do Seguro em relação a Responsabilidade Civil em favor do Terceiro (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Diniz (2002) afirma que o terceiro vítima, mesmo não fazendo parte do processo contratual, é parte legítima para pleitear junto a seguradora, pedindo uma indenização decorrente a responsabilidade civil causada pelo seu segurado. Assim, Santos (1999) relata que a responsabilidade civil no Brasil vem para resguardar o segurado das perdas patrimoniais que poderia vim sofrer caso causasse algum dano ao terceiro.

Juristas brasileiros, como Martinho Garcez Neto, Mário Moacyr Porto, Andrade Figueira, dentre outros, ancorados na força do entendimento da melhor doutrina estrangeira, como a de Camilo Viterbo e Ascarelli e outros tantos, não deixam rebuços de dúvidas de que a ação direta do terceiro no seguro de responsabilidade civil, onde só intervém como partes segurado e segurador, é desenganadamente imprópria. E alinham algumas razões, como: a) uma coisa é ter um privilégio sobre um crédito – se é que se possa falar em privilégio nesse sentido – e outra é ter direito de reclamar diretamente o pagamento ao devedor; b) o seguro de responsabilidade civil não é um seguro a favor de terceiros; c) é necessário dizer que o direito de pagar o terceiro corresponde para o segurador só dentro dos limites da quantidade máxima; d) entre a vítima e a seguradora não existe qualquer vínculo contratual; e) não se trata de uma estipulação em favor de terceiro, vez que o segurado não contrata em benefício da

vítima, e sim para resguardar-se das consequências civis, patrimoniais, que possa sofrer por ter, não por dolo, causando dano a outrem; f) o beneficiário da garantia, enfim, é o próprio segurado (SANTOS, 1999, online).

Ainda que se tenha impedimentos contra a doutrina de aceitação da legitimidade do terceiro perante a seguradora, como exposto acima, o direito brasileiro e alguns doutrinados citados acima, aceitam de denunciação da lide da seguradora (MANHÃES, 2010).

Sendo assim, o segurado causador do dano sobre o terceiro, dispõe do direito do regresso sobre a seguradora, onde somente em último caso a instituição securitária arcará com a reparação do dano.

### **3 MITIGAÇÃO DA RELATIVIDADE CONTRATUAL DE TERCEIROS**

Para dar início nesse tópico primeiramente temos que entender o que é mitigação. Segundo o dicionário brasileiro, mitigação é o ato de mitigar, isto é, diminuir a intensidade de algo. Por isso se torna tão importante entender as informações contidas no contrato.

Segundo Negreiros (2006) é importante entender que o que foi negociado entre as partes não pode nem beneficiar e nem prejudicar terceiros, pois assim, em um momento posterior possa ocorrer a releitura do princípio.

Theodoro (2001) relata que apesar do terceiro não possuir nenhum direito de crédito e nem responsabilidade quando se refere ao processo contratual, o terceiro tem o dever de orientá-lo e ter a responsabilidade de não agir e ignorar sua existência e os efeitos jurídicos que um contrato deve ter.

Ainda de acordo com Theodoro (2001) no direito brasileiro, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos de seguro deve ser visto com um certo temperamento, onde o princípio da relatividade refere-se somente aos efeitos obrigatórios ou internos do contrato.

Para entendermos um pouco mais, primeiramente devemos definir o que são efeitos internos e efeitos externos de um contrato. Os efeitos internos podem ser entendidos como os efeitos que se vinculam somente as partes de um contrato, já os efeitos externos são os direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros (MAZZEI, 2008).

Quando falamos em relatividade contratual, estamos falando dos efeitos internos, isto é, no contrato de seguro os efeitos internos são extravasados a terceiros, podendo então se falar em mitigação ao princípio da relatividade (MAZZEI, 2008).

No Código Civil de 2002, em suas diretrizes podemos observar as manifestações do princípio da relatividade dos efeitos contratuais e seus manifestos. De acordo com Gomes (2008) são exceções desse princípio da relatividade os presentes nos artigos 436 a 438 do Código Civil brasileiro de 2002 que refere-se a estipulação de favor a terceiro e os artigos 467 a 471 também do Código Civil de 2002 referindo-se ao contrato com pessoa a declarar. Nos demais casos, se faz necessário então o consentimento de terceiros para que ocorra a sua vinculação ao processo contratual, onde nesses casos, os efeitos internos não se estendem ao terceiro (caso não vinculado ao contrato).

Como já dito anteriormente, podemos falar de mitigação da relatividade contratual de terceiros quando os efeitos internos de alguma forma atingem o terceiro, podendo assim remodelar a função social do contrato (MAZZI, 2008). Nesse sentido, vale lembrar que função social é o negócio jurídico manifestados entre as partes, as quais os contratantes se relacionam com a sociedade, pois podem atingir terceiros e causar efeitos sobre o mesmo (MANHÃES, 2010).

Função social de um contrato reforça o destino a ideia atual do princípio da relatividade, de acordo com Azevedo (1998), o novo direito contratual tem sua função social e responsabilidade aguçada do terceiro que contribui na inadimplência contratual.

Assim, segundo Noronha (2007) o terceiro pode utilizar dos efeitos externos quando o mesmo instiga o devedor a não cumprir a obrigação assumida e quando o terceiro firma com o devedor um contrato incompatível com o cumprimento da obrigação estabelecida com o credor.

Quando o terceiro é afetado ou prejudicado de alguma forma pelo não cumprimento da obrigação contratual, segundo Negreiros (2006) haverá nesse caso mitigação ao princípio da relatividade, pois a responsabilidade contratual deverá alcançar os terceiros prejudicados, mesmo que esse não fizesse parte do processo contratual.

Sendo assim, é importante que as medidas tomadas pelo credor e no caso do contrato de seguro, a seguradora, para mitigar os prejuízos sejam proporcionais, com circunstâncias concretas e, que não se ultrapasse o valor do dano que se quer mitigar (ANDRADE E RUAS, 2016).

Outro fator importante que deve ser analisado, ainda de acordo com Andrade e Ruas (2016) refere-se ao valor da indenização que o credor receberá, pois mesmo que o credor receba pelos custos decorrentes da mitigação do prejuízo, o mesmo não deverá ser indenizado pelos danos evitados, pois esse valor será apenas atribuído se o credor tenha se desincumbido de tal ônus.

Contudo o processo de mitigação da relatividade contratual de prejuízos encontra-se relacionado com o princípio da boa-fé, pois trata-se da concepção solidária pela qual ambas as partes tendem a cumprir as obrigações ali firmadas e a cooperar entre si, conforme o 422 do Código Civil Brasileiro de 2002.

## CONCLUSÃO

Os contratos de seguros, abrangem uma vasta área do direito privado, onde a informação contida nele é fundamental para que ambas as partes tenham um convívio adequado e sobretudo cumpram o acordo para atingir o objetivo assinado no contrato.

Desse modo, concluímos também que com o advento do novo Código Civil houve uma melhora significativa no que diz respeito ao campo contratual, incluindo os contratos de seguros. Ao qual podemos notar que a mudança mais significativa vem expressa no artigo 757, referindo se interesse legítimo do segurado.

Além disso, quando referenciamos o seguro de coisas, evidenciamos a importância do artigo 788, onde o dever do segurador do pagamento da indenização diretamente ao terceiro quando em casos de indenização por sinistros.

No decorrer do presente estudo também evidenciamos as principais características e a importância do contrato na atualidade, novamente ressaltamos a importância que todas as informações nele contidas devem estar de formas claras e serem repassadas da forma mais adequada possível. Ressaltamos também a importância e a obrigação de estarem presentes em um contrato de seguro, as informações do prêmio, risco, indenização e a apólice.

Ressaltamos ao longo do estudo a seguridade contratual e seu papel jurídico, onde a segurança contratual vem garantir os direitos nele estabelecido, além disso, garante que o contrato será cumprido até o final e a seguradora em casos que houver sinistros a garantia deve ser prestados, além disso, no final de sua vigência a garantia deverá ser entregue.

No decorrer do estudo, ressaltamos também sobre o papel judiciário do contrato de seguro em relação ao terceiro, onde chegamos à conclusão que o terceiro é aquele que não faz do negócio contratual, mas que futuramente, por irresponsabilidade do contratante (segurado) pode sofrer danos ou lesões. Assim umas das principais funções da seguradora é proteger o segurado e todas as pessoas que por ele forem atingidas e prejudicadas. Além disso, vale ressaltar que o Supremo Tribunal reconhece a legitimidade do terceiro quando o mesmo move uma ação contra o segurado e a seguradora.

Por fim, abrangíamos o princípio da mitigação da relatividade contratual em relação ao terceiro e concluímos que na relatividade contratual os efeitos internos estão envolvidos, ou seja, quando os mesmos são extravasados e atingem o terceiro, sendo assim, quando o terceiro é afetado ou lesado por alguma extrapolação do contratante, ocorrerá a mitigação da relatividade.

Desse modo, concluímos então a importância contratual e suas cláusulas, sendo essas bem explicadas e repassadas de forma adequada podem evitar problemas judiciais no futuro. Também concluímos que o contrato de seguro é de grande valia, principalmente dos dias de hoje onde visam a garantia dos bens ou pessoa ali contratada.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ANDRADE, Fábio Siebenecheler; RUAS, Celiana Diehl. **Mitigação de prejuízos no Direito Brasileiro: Entre concretização do princípio da boa-fé e consequências do pressupostos da responsabilidade contratual**. Ver. De Direito Civil Contemporânea. São Paulo. 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de Direito Civil – teoria geral das obrigações**. 5. ed. São Paulo: RT. 1994.
- AZEVEDO, Luis Augusto Roux. **A comutatividade do contrato de seguro**. 2010. Dissertação para Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.
- BALDON, CESAR. **Obrigações e contratos no Direito Romano**. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/ARTIGOS/17115/OBRIGACOES-E-CONTRATOS-NO-DIREITO-ROMANO/3>. Acesso em Julho de 2020.
- BETTI, Emílio. **Teoría general de las obligaciones**. Tradução José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2005.
- BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em agosto de 2020.
- BURANELLO, Renato Macedo. Do contrato de Seguro – **O Seguro Garantia de Obrigações Contratuais** – São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo. José Bus-hatsky, 1976.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2003.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Resumão Jurídico**. Cursos CPT. 2020. Disponível em: <https://www.cpt.com.br/codigo-civil/tipos-de-contrato-seguro>. Acesso em agosto de 2020.

- FRANÇA. **Code des assurances**. 2015. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20150121>> Acesso em agosto de 2020.
- FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros. 2010.
- GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- IDEC. **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/>. Acesso em agosto de 2020.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius – Institutas do Imperador Justiniano. Bauru, Ed. EDIPRO, 2001.
- MANHÃES, Guilherme da Silva. **Efeitos do contrato perante terceiros: Revisitando o princípio da relatividade subjetiva**. Rio de Janeiro. 2010.
- MARENSE, Voltaire Giavarina. **O seguro no direito brasileiro**. 7ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no Processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. **A superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002**. Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo. **O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações**. **Revista de Direito**. São Paulo. 2008.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000.
- MOTTA, Carolina E. P. M. de Senna. **Análise Econômica do Direito Aplicada ao Contrato de Seguro de Automóvel e os Efeitos Econômicos e Sociais da Fraude**. Curitiba. 2016.
- NANNI, Giovanni Ettore. **O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do Princípio constitucional da solidariedade**. In NANNI, Giovanni Ettore. (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexos sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY, Cláudio Lima. **A relevância da informação como fator moderador da eficácia nos contratos: variações e reflexos nos contratos de seguros**. Porto Alegre. 2015.
- NETO, Antônio Ribeiro Costa. **Breves reflexões sobre a propriedade privada romana**. **Revista Âmbito Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-134/breves-reflexoes-sobre-a-propriedade-privada-romana/>. Acesso em agosto de 2020.

NORBIM, Luciano Dalvi. **Manual Prático de Seguros no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro. 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 461.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil**. Researchgate. 2009.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; Silva, Juliana Mara da. **Contrato de seguro e predomínio da proteção consumerista: judicialização excessiva, insegurança jurídica e entraves ao desenvolvimento do mercado**. Rio de Janeiro. 2018.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Seguro de responsabilidade civil. Ação direta do terceiro contra o segurador**. Inviabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Jeinson dos. O terceiro no contrato de seguro de responsabilidade civil e suas consequências no âmbito processual. Univali. Itajaí. 2018

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de direito do seguro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente**. Leme/SP: LED, 2001, p. 219-220.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, **Análise econômica das decisões judiciais nos contratos de seguro**. Percurso. Curitiba. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dos efeitos do negócio jurídico no novo código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 40, p. 91–123, jul./dez., 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista20/revista20\\_51.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_51.pdf)> acesso em agosto de 2020.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. 2007. p. 43.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas. Coleção Direito Civil, v.03. 2013.

# COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E INTERCULTURALIDADE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA CONTRA MULHERES IMIGRANTES NO BRASIL

**Taís Silveira Borges Araújo**

Centro Universitário de João Pessoa (Unipê), Paraíba.  
tais\_borges@hotmail.com

**Alfredo Rangel Ribeiro**

Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Paraíba.  
arangel@hotmail.com

**Resumo** Os direitos culturais e reprodutivos são direitos fundamentais, que decorrem da dignidade da pessoa humana e podem ser exercidos por todos, inclusive, a mulher imigrante. Deste modo, o presente estudo, por meio do método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, visa analisar se no Brasil a mulher imigrante sofre violência obstétrica no momento do parto em virtude de fatores culturais e, em caso positivo, quais são as alternativas para se evitarem estes abusos. A pesquisa se justifica pelo fato de as mulheres imigrantes se tornarem muito vulneráveis no país receptor. Foram citados casos de violência obstétrica no Paraná, em São Paulo e no Amazonas, contra mulheres haitianas, sírias, bolivianas e peruanas. Ainda, observam-se algumas iniciativas para promover o atendimento intercultural e ampliar o debate da cooperação internacional entre os Estados para prevenir esse tipo de violência.

**Palavras-chave:** Direitos da personalidade; imigração feminina; interculturalidade; violência obstétrica.

*International cooperation the interculturality of obstetric violence against immigrant women in Brazil*

**Abstract:** Cultural and reproductive rights are fundamental rights that result from the dignity of the human person and can be exercised by everyone, including immigrant women. Thus, the present study, through the deductive method, using bibliographical research, aims to analyze whether in Brazil immigrant women suffer obstetric violence at the time of childbirth due to cultural factors and, if so, what are the alternatives to prevent these abuses. The research is justified by the fact that immigrant women become very vulnerable in the receiving country. Cases of obstetric violence in Paraná, São Paulo and Amazonas were cited against Haitian, Syrian, Bolivian and Peruvian women. Still, there are some initiatives to promote intercultural assistance and broaden the debate on international cooperation between States to prevent this type of violence.

**Keywords:** Personality rights; female immigration; interculturality; obstetric violence.

## INTRODUÇÃO

A migração é um fenômeno que ocorre por muitos motivos, sendo que o imigrante, ao se inserir na sociedade do país receptor, pode sofrer dificuldades devido às diferenças culturais entre os países.

A mulher ao imigrar de um país ao outro, não deixa de ter seus direitos reprodutivos e culturais, e nesses casos é possível que a migrante no país receptor acabe sofrendo violência obstétrica devido a fatores culturais. Assim, por este trabalho, busca-se analisar se a mulher migrante no Brasil sofre este tipo de violência no momento do parto e, em caso positivo, quais são as alternativas e discussões internacionais que envolve o tema que sirva como prevenção destes abusos. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos de revistas, documentos normativos nacionais e internacionais.

A pesquisa se justifica, partindo do pressuposto de que um mundo globalizado como o atual, marcado pelas diferenças étnicas, sociais, culturais de um país em relação ao outro e no qual algumas mulheres estão inseridas em um contexto de imigração, é necessária a preocupação com a preservação dos direitos culturais no exercício dos direitos reprodutivos das mulheres, que se tornam muito vulneráveis no país de destino pelo fato de serem imigrantes e não estarem inseridas na proteção de planos de saúde da rede privada.

## **1 DIREITOS CULTURAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Toda a pessoa humana é dotada de personalidade e como a cultura e a reprodução fazem parte dos atributos da pessoa humana, pois dizem respeito à perpetuação da espécie humana, tais constituem direitos de personalidade, necessitando-se de uma atuação estatal para harmonizar esses direitos.

O conceito de cultura foi cunhado pela primeira vez por Edward Tylor (1871) que, em sua época foi influenciado pela obra “Origem das Espécies”, de Charles Robert Darwin, entendeu que a diversidade cultural é o resultado da desigualdade de estágios existentes no processo de evolução, sendo que a missão da Antropologia era estabelecer uma escala de civilização na qual as nações europeias estavam em um dos extremos da série e em outro, as tribos selvagens, e o restante da população estava entre estes extremos (LARAIA, 2001).

Contrariando estas ideias, Alfred Kroeber (1876-1960) afirmou que a cultura é um processo cumulativo, decorrente de toda a experiência histórica das gerações anteriores, o que pode limitar ou estimular a ação criativa do indivíduo. Assim, mais do que a herança genética, a cultura determina o comportamento do indivíduo e justifica suas realizações; é meio de adaptação dos indivíduos aos diversos ambientes ecológicos e, por isto, o ser humano conseguiu romper as barreiras ambientais e transformar toda a Terra em seu habitat (LARAIA, 2001).

Portanto, atualmente, o conceito de cultura está ligado à ideia de cumulatividade de saberes, de experiências que cada povo desenvolve em cada região e à sua maneira, de modo que, não se pode afirmar que existe uma cultura superior à outra. Logo, todas as culturas possuem suas características e histórias próprias.

A cultura passou a ser preocupação do Direito a partir da Constituição Mexicana de 1917, consagrando-se apenas o direito de instrução (aspecto educativo). Após, a cultura aparece na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948) em três artigos (22, 26 e 27) que preveem que todo ser humano tem direito à instrução; à participação da vida cultural da comunidade, à fruição das artes e à participação do progresso científico e de seus benefícios; aos direitos morais do autor; e que os direitos culturais são indispensáveis para a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana (CUNHA FILHO; MONTEIRO; SEVERINO, 2018).

Desde então, as constituições nacionais passaram a dispor sobre a cultura e direitos culturais, tal como fez a Constituição Federal de 1988. Nesta, o patrimônio cultural define-se pelos bens, individuais ou em conjunto, de natureza material e imaterial, desde que portadores de referência a identidade, a ação, a memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira. Ainda, inseriram-se nesta definição os sítios paleontológicos, ecológicos e científicos (CUNHA FILHO; MONTEIRO; SEVERINO, 2018).

Em 2001, surgiu a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, também patrocinada pela UNESCO, segundo a qual:

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o art. 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os arts 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (UNESCO, 2002, p. 3).

Portanto, os direitos culturais são os direitos ligados intrinsecamente ao exercício das práticas culturais, do pensamento, da linguagem, da educação, a identidade cultural e outros, que podem ser exercidos, desde que não violem os direitos humanos e liberdades individuais. Como visto, a cultura identifica, determina e justifica os atos do ser humano mais até do que a própria herança genética. Logo, deve ser entendida como atributo da personalidade humana.

Outrossim, salienta-se o direito à reprodução como faculdade inerente à personalidade humana. O conceito de direitos reprodutivos foi instituído na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (Cairo/Egito, 1994), como um conjunto de direitos que concedem a todo o indivíduo ou casal o poder de decidir de forma livre e responsável sobre o momento, a forma de fazer e a quantidade de filhos que terão, bem como de ser(em) informado(s) e ter(em) acesso aos meios para tanto, sem sofrer discriminação de raça, classe, gênero, bem como gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva (UNFPA BRAZIL, 2007).

No Brasil, os direitos reprodutivos são efetivados no contexto do direito social à saúde (art. 6º, da CF/1988), que vem disciplinado nos arts. 196 e 198 da CF/1988, que dispõe que a saúde é um direito de todos e dever do Estado; criou o SUS, garantiu a universalidade, a igualdade e de acesso e atendimento e a participação comunitária (BRASIL, 1988). Além disso, especificamente sobre os direitos reprodutivos, a Lei n.º 9.263/1996, conhecida como Lei de Planejamento Familiar, dispõe que as todas as instâncias e níveis gestores do SUS devem garantir, em sua rede de serviços, referentes à mulher, ao homem ou ao casal, em todos os seus ciclos vitais, um programa de atenção integral à saúde, que inclua o atendimento pré-natal, assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato e a assistência à concepção e contracepção (BRASIL, 1996).

Portanto, a liberdade de o ser humano se reproduzir importa em ser informado, ser atendido de maneira adequada, sem sofrer discriminação por raça, classe, gênero. Caso contrário, estaria violado um direito de personalidade.

Os direitos da personalidade são definidos como “*as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, as suas emanações e prolongamentos*” (FRANÇA, 1975, p. 404, grifos originais). São direitos que pertencem ao Direito Natural, pois o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas. (FRANÇA, 1975).

Historicamente, os direitos de personalidade ganham relevância e se constitucionalizam após a Segunda Guerra Mundial, em que houve muitas atrocidades cometidas contra a pessoa humana, as quais mostraram o risco do desrespeito ao indivíduo em detrimento do poder estatal. Ainda, devido ao aceleração do desenvolvimento tecnológico, à opressão da mídia, a pressão do comunismo, a utilização da informática, ao aumento da competitividade e a agressividade das relações intersubjetivas, existiram sérias intervenções na vida privada dos cidadãos. Para evitar esta interferência, houve a necessidade da tutela da pessoa humana (CANTALI, 2009), ou seja, dos direitos de personalidade.

Internacionalmente, esta tutela está inserida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), pela qual toda a pessoa nasce livre e igual em dignidade e direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) (BRASIL, 1988). Portanto, reconhece a existência de um direito geral de personalidade (CANTALI, 2009).

A dignidade da pessoa humana é conceituada a partir da ideia de que o ser humano é um ser dotado de autonomia, possui um fim em si mesmo e de que o Estado deve agir em prol do indivíduo. Ainda, que se a pessoa vive em sociedade, deve respeitar as normas sociais, desde que estas sejam motivadas pela ideia legítima de justiça compartilhada por todos (BARROSO, 2014).

A dignidade da pessoa humana é tanto um limite, que implica que a pessoa não pode ser objeto da ação própria e de terceiros e que gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou exponham a graves ameaças; quanto uma tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um, advinda da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, para proteger a dignidade de todos, assegurando ao indivíduo, por meio das medidas prestacionais (positivas), o devido respeito e promoção (SARLET, 2009).

Nesta seara, todos os direitos inerentes à pessoa humana, ainda que não positivados como tal, podem ser reconhecidos como direitos de personalidade. Por esta compreensão, há que se situar os direitos culturais e reprodutivos como direitos de personalidade.

Assim, considerando que o ser humano vive em sociedade, que em uma sociedade podem coexistir diferentes culturas e que as pessoas têm seus direitos reprodutivos assegurados, para harmonizar todos estes direitos é necessária uma perspectiva intercultural.

O multiculturalismo ou pluralismo cultural não possui um conceito fechado. Pode ser apenas descritivo, no sentido de existirem sociedades multiculturais, formadas por diversas culturas, cuja configuração depende do contexto histórico, político e sociocultural; como também propositivo, um projeto político-cultural, que prevê o modo de se trabalhar as relações culturais em uma determinada sociedade, quais políticas públicas na perspectiva da efetivação da democracia (CANDAUI, 2013).

Diversas são as propostas, mas apenas duas serão abordadas, que são a assimilacionista e a interculturalidade. A primeira não prevê igualdade de oportunidades para todos, sendo que grupos minoritários, a depender de sua origem (geográfica, étnica, classe), não têm acesso a determinados serviços, bens e direitos fundamentais do que outros grupos sociais, consideradas “normais” e com elevados níveis de escolarização. Assim, favorece que todos se integrem na sociedade e sejam incorporados à cultura hegemônica. Em contrapartida, a interculturalidade promove o reconhecimento das diferenças, da interação entre grupos culturais diferentes que coexistem em uma mesma sociedade (CANDAUI, 2013).

Portanto, há uma contraposição de ideias de políticas que podem ser adotadas, sendo que uma visa a universalidade do direito e a outra o reconhecimento das diferenças. Diante disso, se

a pessoa humana está inserida em sociedades multiculturais, possui direito à cultura e à reprodução e todos os direitos da personalidade, adotar um modelo hegemônico e excludente pode causar violações à dignidade da pessoa humana.

O Brasil é um país reconhecidamente como multiculturalista, em razão de sua ocupação territorial ter envolvido os colonos brancos europeus, os índios naturais da terra e mundo; a vinda dos escravos africanos, fato que levou a uma miscigenação dessas pessoas.

Posteriormente, ainda complementou sua população com uma parte da imigração europeia durante o Primeiro e Segundo Império do nosso País, especialmente de italianos, austríacos, suíços, alemães, poloneses russos e outros.

Na atualidade, em termos de imigração, há o recebimento de pessoas do Haiti e da Bolívia, por razões econômicas; de regiões que enfrentam grandes conflitos bélicos, como é o caso da Síria e Iraque; e de regiões muito pobres, que é o caso da África.

## **2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA CONTRA AS MULHERES IMIGRANTES NO BRASIL**

As migrações estão diretamente relacionadas com a globalização. Quando as pessoas migram, carregam consigo toda a carga cultural que adquiriram no seu país de origem e, a depender de como são recepcionadas no país de destino, podem sofrer violações de seus direitos humanos.

Nas últimas décadas do século XX, iniciou-se a globalização da era atual, caracterizada pelos “aumentos significativos no intercâmbio comercial e financeiro, dentro de uma economia internacional crescentemente aberta, integrada e sem fronteiras” (MARTINE, 2004, p. 4). Sua proposta inicial era a circulação de capital e o crescimento econômico de todos os países. Entretanto, pode-se dizer que, como não houve tal crescimento, a globalização está inacabada (MARTINE, 2004).

Uma das provas de que a globalização está inacabada é a migração internacional, pois esta demonstra a desigualdade existente entre diversos países e as mudanças econômico-sociais ocorridas nestes. Atualmente, a globalização se tornou um dos principais fatores para mobilizar a migração entre países, com exceção dos conflitos armados e desastres naturais, e define seus contornos (MARTINE, 2004)

No tocante à migração feminina, a mesma é motivada por questões socioeconômicas como a falta de oportunidade de trabalho remunerado no país de origem, a desvalorização do trabalho feminino, as melhores oportunidades de educação e de qualificação profissional, independência econômica e social da família de origem, a mobilidade social, o acesso a serviços básicos, novas experiências e outros. Entretanto, no país de destino, as mulheres encontram grandes dificuldades, como a condição de ilegalidade (em alguns casos), a falta de acesso a serviços básicos e aos planos de saúde, baixos salários ou até mesmo negação dos salários, não pagamento de horas extras, violência e abuso sexual, dificuldade de adaptação a uma nova cultura. (LISBOA, 2007).

Portanto, as diferenças sócio-econômico-culturais entre os países causadas por este modelo de globalização inacabada levam as pessoas à migração. Porém, quando no país de destino, os imigrantes têm suas expectativas frustradas, posto que, acabam sofrendo violações aos seus direitos humanos. Em relação às mulheres imigrantes, estas estão sujeitas à violência obstétrica.

A violência obstétrica não possui um conceito formado, sendo que sua definição pode ser retirada de legislações buscam combatê-la. A legislação argentina, por meio da Lei Nacional n.º 26.485/2009, no artigo 6º, alínea “e”, conceitua a violência obstétrica como forma de violência contra a mulher, sendo “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expressada en un trato deshumanizado, um abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidade com la Ley 25.929” (BRASIL, 2012, p. 39).

A Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência, da Venezuela, vigente desde 2007, define a violência obstétrica como:

13.- Violencia obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres (BRASIL, 2012, p. 41).

O Brasil não possui lei federal específica que regulamente o tema, sendo que há apenas projetos de leis que buscam tratar sobre o assunto, mas que ainda não foram votados. Assim, dos conceitos adotados pelas legislações supramencionadas, evidencia-se que a violência obstétrica é a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, causando o tratamento desumanizado, o abuso de medicalização e patologização de processos naturais, à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade e que impacta de forma negativamente na vida dessas pessoas.

A violência obstétrica é, inclusive, uma preocupação da Organização Mundial da Saúde (OMS) que considerando que “no mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde” (OMS, 2014, p. 1), elaborou a Declaração para Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, a qual convoca os Estados à maior ação, diálogo, pesquisa e mobilização sobre o tema, que considera de saúde pública e direitos humanos (OMS, 2014).

Diante disso, os Estados têm, de um lado, o dever de garantir os direitos reprodutivos e os direitos culturais, e, de outro, de coibir a violência obstétrica. Portanto, é necessário debater esta violência às mulheres imigrantes no Brasil.

Em Cambé, no Estado do Paraná, uma mulher imigrante haitiana, de 36 anos, relatou que o sistema de saúde não trata o imigrante com o devido respeito, sendo que as argumentações da depoente foram em relação ao mau funcionamento do sistema de saúde pública brasileiro. Relata que necessitou de atendimento durante sua gravidez, mas ela não foi tratada bem em nenhum dos hospitais, como a Santa Casa de Misericórdia de Cambé, o Pronto Atendimento 24 horas e as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs); há o mau funcionamento do SAMU e não recebimento do devido atendimento médico que necessitava durante as consultas. Em relação a ter outro filho no Brasil, a mulher considera melhor ter um filho no Haiti, pois o Sistema de Saúde brasileiro não atende de forma correta os migrantes (SITTA, 2018).

Diante disso, evidencia-se que o Haiti é um país economicamente pobre e que os imigrantes haitianos vêm para o Brasil para melhorar suas condições financeiras e, ao chegarem ao Brasil, acabam não tendo acesso aos serviços básicos de saúde. Neste contexto, as imigrantes haitianas têm seus direitos reprodutivos desrespeitados devido à falta ou precariedade no atendimento, levando-as a considerar melhor ter filhos no Haiti do que no Brasil.

Quanto às migrantes sírias na cidade de São Paulo/SP, as mulheres sírias destacaram alguns pontos positivos em relação à experiência do parto no Brasil. Entretanto, também houve

pontos negativos, como: fato de não serem oferecidos exames de ultrassonografia em todas as consultas pré-natais; que o exame de ultrason é realizado em local diferente do da consulta, tendo-se que agendar tais exames; o incômodo ao terem que ser submetidas a exame de toque nestas consultas, que eram realizados geralmente por profissionais homens, sendo que, na Síria não é comum este tipo de exame no pré-natal. Também, valor da assistência em hospitais particulares no Brasil foi apontado como ponto negativo, pois é 10 vezes maior do que na Síria, o que levou a algumas famílias a pensarem se caberia na renda (SILVA, 2019).

Além disso, não podem escolher o tipo de parto; há barreira linguística pela falta de profissionais que sabiam falar pelo menos o inglês, que é a segunda língua mais falada na Síria; o corpo das mulheres sírias serem utilizados como objeto de estudos por alunos de Medicina, que realizavam o exame de toque, havendo uma exposição muito grande de seus corpos, causando bastante desconforto. E, por fim, a falta de informação de locais para fazer a circuncisão masculina, o que faz parte da cultura muçumana e está relacionada à higiene e identidade da criança (SILVA, 2019).

Todos estes fatos levam à violência obstétrica. Por exemplo, a ausência de informação, que também se dá pelas barreiras linguísticas, pode ocasionar o desrespeito à autonomia da mulher síria. Ademais, outra violência evidenciada é o uso do corpo da mulher como objeto de estudo, lhe causando constrangimentos (violência moral). E, especificamente, em relação à cultura muçumana, o fato de não informar um local para realizar a circuncisão implica em ignorar suas culturas, invisibilizando-as no atendimento às imigrantes (violência institucional).

No tocante às mulheres bolivianas que imigraram para São Paulo/SP, há também um fator cultural quanto ao parto, sendo que o parto realizado nestas culturas é muito diferente em relação ao que ocorre no Brasil. Deste modo, o desconhecimento pelos profissionais das diferenças culturais torna o parto no Brasil para as mulheres bolivianas uma experiência desagradável (PAES, 2017), como se observa no depoimento a seguir:

[...] Não é porque a gente considera mulher só quem pari ou só quem tem filhos, mas tem o tema gestação e acesso à saúde. Tudo isso para a mulher é bem complicado, principalmente para a mulher boliviana, porque tem um tema, a cultura, é um problema... Porque o parto nos Andes, no Chile, no Peru e na Bolívia é muito diferente do realizado aqui. Tem algumas coisas similares ou só de algumas coisas, como por exemplo, o que eu estava falando do chá há um tempo atrás, assim, para a gente é muito importante o tema do calor. Para a mulher que está parindo tem que estar aquecida, agasalhada e aqui você chega e eles tiram tudo e colocam um negocinho. Uma mulher boliviana, por exemplo, elas dão banho... aqui dão banho nas mulheres. A mulher pari e já dão banho, e a mulher boliviana acho que demora um ou dois dias para tomar banho de chuveiro, porque o corpo esfria, o leite seca, então você não pode amamentar o filho. É uma cadeia de consequências, então a gente está enfatizando o tema do parto porque a gente sente que isso toca bem assim, um ponto central das mulheres. E outro tema é que na verdade parece, quando a gente fala, parece assim, eu já ouvi “ah, com as brasileiras é o mesmo”, mas é, tipo assim, tem violência domésticas das brasileiras, tem violência no parto, tem violência no atendimento público, tem, mas quando é mulher imigrante além disso tem xenofobia, tem maus-tratos, tem racismo por ser imigrante (Andrea Carabantes) (PAES, 2017).

Evidencia-se que na cultura andina, o calor é de suma importância no nascimento das crianças, de modo que, a mulher tem que estar aquecida, agasalhada. A mãe toma banho de chuveiro somente após um ou dois dias do nascimento da criança, quando o corpo esfria. Deste modo, ao se efetuar o parto no Brasil, sem observar os cuidados realizados nesta cultura, fazendo-se cesárea ao invés de parto normal, utilizando-se de técnicas intervencionistas, há violência obstétrica em relação à imigrante.

Na visão das enfermeiras obstetras, nota-se uma dificuldade relativa ao atendimento de mulheres migrantes, principalmente por não conseguirem se comunicar e nem lidar com culturas

diferentes. Embora haja um esforço dos profissionais para estarem ao lado das pacientes nas consultas, as enfermeiras não conhecem a cultura das pacientes, não sabem como que a paciente quer que o cuidado seja realizado e ficam apreensivas. É necessário despender maior tempo às pacientes migrantes, para facilitar a comunicação, apesar de nem sempre haver o tempo necessário devido às demandas do trabalho (KURAMOTO, 2016).

As enfermeiras obstetras também relatam a percepção de preconceito dos profissionais com relação aos imigrantes, como se observa nos seguintes relatos:

Acho que existe um preconceito, principalmente pela resistência médica, de pouco caso mesmo, tem um preconceito, não gostam, já rotulam, já teve caso de uma mulher brasileira que estava junto no quarto com a boliviana e ela fazer uma reclamação do que ela testemunhou contra a boliviana, então isso existe, mas acho que isso é do profissional que está atendendo. Não existe o mesmo cuidado com elas e é meio até um descaso, não é um tratamento respeitoso, é diferente, elas, por exemplo, costumam ter os pelos pubianos longos, e fazem piada com isso, então é muito desagradável (Luciana)

Às vezes eu percebo um pouco de preconceito, eu vejo um pouco de preconceito em relação às questões culturais, as bolivianas, por exemplo, gostam de deixar o bebê bem agasalhado, aí o profissional chega e já vai tirando tudo, não explica e pra ela é importante, se ela faz daquele jeito é porque pra ela tem um fundamento (Carolina).

A gente via muito preconceito das enfermeiras que falavam que elas não tomam banho, são todas porcas, não quer dar banho no bebê (Beatriz). (KURAMOTO, 2016).

Portanto, a estigmatização das mulheres imigrantes no Brasil contribui para a negligência no atendimento e, isto, somado ao desconhecimento da cultura de cada mulher, transforma uma experiência que deveria ser prazerosa (o parto) em uma violência de gênero.

Em outro trabalho, realizado no estado do Amazonas, no hospital de Beirjamins Constant, a pesquisadora Ana Maria de Mello Campos acompanhou três mulheres no período pré parto e parto: Adriana, Sheila e Pilar. Nas três narrativas, observa-se que a etnia, a nacionalidade, a classe social e a religião foram mecanismos de dominação que causaram um tratamento diferenciado às parturientes, afetando profundamente a experiência do parto (CAMPOS, 2018).

Além disso, que a acompanhante se torna a pessoa responsável pelo acompanhamento do trabalho de parto, devido ao número reduzido de funcionários no setor obstétrico. Nota-se que há uma rotina laboral mecânica dos funcionários, pois mesmo tendo apenas uma parturiente, os funcionários tinham horário para entrar na clínica obstétrica ou para realizar o exame de toque vaginal, exceto quando a grávida apresentava um status social mais elevado. E, ainda, que as três mulheres tiveram parto cesáreo devido às falhas na assistência pré-natal (recusa ao atendimento, falta de exames laboratoriais, maus-tratos), o que se caracteriza como violência institucional (CAMPOS, 2018).

Diversos tipos de violência foram identificados, como a sugestão às gestantes múltiplas a fazerem laqueadura, não escolha da posição de parir, depilação dos pelos pubianos (tricotomia) em Pilar (mulher peruana e indígena); excessos de exames de toque vaginal; manobra de Kristler em Sheila com a justificativa de que a mesma não sabia parir, o que causou hemorragia, sendo necessária a realização de transfusão de sangue; falta de explicação sobre os medicamentos indicados; a utilização de ocitocina para acelerar o trabalho de parto; desrespeito à lei do acompanhante (CAMPOS, 2018).

Portanto, no Brasil, em diversas regiões do país, fatores étnicos interferem no tratamento a ser dispensado às parturientes migrantes. Evidencia-se que os profissionais se referem com preconceito e xenofobia às migrantes. Além disso, o desconhecimento da cultura das pessoas de diferentes nacionalidades no momento do parto torna as práticas médicas intervencionistas ainda

mais severas e violentas, como no caso das bolivianas, que têm por costume aquecer a criança e não tomar banho após o parto. Tais costumes no Brasil são vistos como falta de higiene, o que aumenta o preconceito e o tratamento discriminatório. Além disso, a barreira linguística retira a autonomia das mulheres, que não conseguem comunicar o que e como desejam que seja o parto, o que gera também insegurança nos profissionais.

Destarte, são necessárias políticas que promovam a interculturalidade nos serviços de saúde, principalmente, nas regiões em que há muitos imigrantes, a fim de que se promova a dignidade da pessoa humana e o respeito à autonomia, à cultura e o tratamento adequado.

### 3 A INTERCULTURALIDADE NO ATENDIMENTO

A vivência em sociedade com pessoas de diversas etnias e culturas distintas traz ao indivíduo a necessidade de saber interagir sem desrespeitar o próximo, o que se realiza através da interculturalidade.

A interculturalidade é a “promoção deliberada de inter-relação entre diferentes grupos culturais presentes em uma determinada sociedade” (CANDAUI, 2013, p. 22). Deste conceito extraem-se algumas características da interculturalidade, como: a) o rompimento com a visão essencialista das culturas e identidades culturais, concebendo as culturas em processo contínuo de elaboração, construção e reconstrução; b) a afirmação de que os processos de hibridização cultural nas sociedades em que vivemos são intensos e mobilizadores da construção de identidades abertas, em construção permanente; c) consciência dos mecanismos de poder que se impõem nas relações culturais, uma vez que estas são construídas pela história e, portanto, estão permeadas por questões de poder, hierarquização das relações, marcadas pelo preconceito e discriminação de determinados grupos; d) afirma as diferenças e desigualdades existentes, sem reduzir um polo ao outro (CANDAUI, 2013).

Deste modo, a interculturalidade deve promover o reconhecimento do “outro”, para que diferentes grupos sociais e culturais se dialoguem. Deve-se promover a negociação cultural, enfrentar os conflitos provocados pela assimetria de poder entre distintos grupos socioculturais e favorecer a construção de um projeto comum, que inclua dialeticamente as diferenças (CANDAUI, 2013).

Na saúde reprodutiva das mulheres imigrantes, deve-se entender que essas mulheres estão em uma situação de fragilidade por estarem em processo de mudança, distantes de seu país, de sua cultura, e, muitas vezes, se encontram em situações precárias de moradia e de trabalho no país receptor. É importante pensar no cuidado integral a essa população; perceber, compreender e respeitar os costumes e tradições diferentes, sem julgamentos e preconceitos. Deve-se entender que a assistência a essas pessoas é diferente; admitir que existem dificuldades e enxergar isso como um obstáculo que necessita ser enfrentado, tornando essa experiência positiva para o profissional e para a parturiente (KURAMOTO, 2016).

Há situações em que as enfermeiras obstetras/obstetrizes procuram adaptar as formas de comunicação, como por exemplo, fazer mímicas, contudo, isto as deixa em dúvida se estão sendo compreendidas pelas pacientes. Além disso, por mais que aparentem entender o que devem fazer, talvez não entendam porque o devem fazer e quais benefícios desta recomendação (KURAMOTO, 2016).

Para resolver as possíveis falhas de comunicação, poder-se-ia cogitar o uso de intérpretes, o que pode ser negativo ou positivo. A desvantagem do uso de intérprete é que os profissionais

não sabem o quanto da informação foi traduzido e nem a precisão do que foi repassado e recebido. Apesar disso, na maioria das vezes é bom ter um intérprete ou mesmo alguém da família que possa ajudar na comunicação, pois o fato de a paciente entender e ser entendida pode facilitar o cuidado e promover o conhecimento do histórico da paciente, o que é fundamental para o planejamento da assistência e de sua segurança (KURAMOTO, 2016).

Outro aspecto que pode ajudar a promover um atendimento intercultural é o fato de os profissionais saberem como realizar o cuidado das mulheres imigrantes, para não ferir os costumes das mesmas (KURAMOTO, 2016).

No VII Fórum Social Mundial das Migrações, de 2016, as mulheres imigrantes reivindicaram o fim da colonização de seus corpos, mediante múltiplas opressões, dentre elas, a violência obstétrica. Para tanto, entendem como fundamental o reconhecimento do protagonismo e do empoderamento das mulheres, a criação de políticas públicas que reconheçam as particularidades das relações de gênero na migração internacional, sem desconsiderar as minorias LGBTQTT (ESTADO DE SÃO PAULO, s.d.)

Em vista disso, a organização não governamental (ONG) *Warmis* elaborou a cartilha “O calor corporal: considerações ao atendimento nas mulheres imigrantes da Bolívia, Chile e Peru”, a fim de informar os profissionais sobre os costumes culturais destas pessoas no momento do parto. Dentre as informações, evidencia-se que deve-se manter o calor da gestante em trabalho de parto e após, não se pode dar banho nem na criança e nem no bebê; deve-se manter a mãe em repouso por 24 horas e o bebê bem agasalhado; deve-se garantir à pessoa que acompanha ser a primeira a pegar a criança e não se deve impor a cirurgia cesariana, pois esta intervenção representa um fracasso para a mulher (EQUIPE DE BASE WARMIS, s.d.-A).

Além disso, a ONG elaborou outra cartilha “¿Sabías que tienes derecho a tener tu parto normal gratuitamente y con respeto en São Paulo?”, com a finalidade de informar estas imigrantes sobre as casas de parto: quais serviços elas oferecem, quais exames são pedidos de acordo com a evolução da gravidez, quais cuidados com o bebê são realizados, quais os procedimentos para se acessar a este serviço e os locais onde ficam as casas de parto que atendem pelo SUS, na cidade de São Paulo/SP (EQUIPE DE BASE WARMIS, s.d.-B).

Ainda, a Defensoria Pública e a ONG *Arthemis* fizeram um material sobre o que era, quais as práticas e quais momentos a violência obstétrica ocorre e a equipe da ONG Equipe de Base *Warmis* traduziu este material para o espanhol, a fim de ser acessível aos imigrantes falantes do idioma (ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Salienta-se que estes são apenas alguns exemplos de promoção da interculturalidade no atendimento. Entretanto, é essencial que os profissionais que trabalham com as mulheres imigrantes estudem a cultura dessas pessoas, que saibam falar o idioma delas ou, pelo menos a língua inglesa, para que não seja necessário um terceiro intermediando a comunicação. É essencial o reconhecimento das diferenças, do outro, o tratamento desta pessoa como sujeita de direitos, já que é vulnerável por conta das condições de vida em outro país (ser imigrante, podendo estar em situação precária de vida, com um filho para cuidar).

## CONCLUSÃO

A globalização, os conflitos armados e os desastres naturais, a situação econômica precária incentivam os fluxos migratórios, sendo que a migração feminina merece especial atenção, uma vez que há fatores culturais que interferem no modo como o fenômeno do parto ocorre e como é visto na sociedade de origem e pela parturiente.

Neste sentido, foram observados vários exemplos de violência obstétrica contra imigrantes, que são motivados pelo preconceito e pelo desconhecimento da cultura de origem ou do idioma falado pela parturiente. Tais práticas violam os direitos culturais e reprodutivos das mulheres, tidos como direitos de personalidade, e causam a objetificação do corpo da mulher às práticas médicas hegemônicas exercidas no país de destino, o que fere a própria dignidade da pessoa humana da mulher imigrante, pois lhe retira a autonomia.

Deste modo, o Estado, na sua dimensão positiva da tutela da dignidade da pessoa humana, deve assegurar que o atendimento às mulheres imigrantes seja realizado no Brasil de modo a garantir que suas crenças, costumes e tradições sejam preservados ao máximo, promovendo-se a interculturalidade.

Além disso, deve combater o preconceito, a xenofobia, não se deixando influenciar pela ideia de que uma cultura é superior à outra ou que a pessoa imigrante, por não se enquadrar nos padrões hegemônicos da cultura local, possa ser discriminada ou ter seus direitos humanos violados.

Por último, se faz necessário que o corpo clínico dos hospitais brasileiros e os próprios hospitais estejam mais bem preparados culturalmente, em termos de atendimento às mulheres imigrantes, em situação de parto, no tocante à intervenção obstétrica.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3ª impr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11. 08.2021.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm). Acesso em: 11. 08.2021.

BRASIL. Governo Federal. Parto do Princípio- Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa. **Violaência obstétrica: "parirás com dor"**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 11 08.2021.

CANDAU, V. M.. Multiculturalismo e Educação: desafios para a prática pedagógica. In: CANDAU, V. M.; BARBOSA, A. F. **Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas**. 10. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2013.

CANTALI, F. B. **Direitos da personalidade: disponibilidade ativa, direitos da personalidade e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAMPOS, A. M. de M. **O parto na fronteira amazônica Brasil e Peru: etnografia sobre a assistência obstétrica no município de Benjamin Constant / Amazonas**. 2018. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, UFAM, 2018.

CUNHA FILHO, F. H.; BOTELHO, I.; SEVERINO, J. R. Direitos Culturais: centenários mas desconhecidos. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Direitos culturais**. Salvador: EDUFBA, 2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Prefeitura do Município de São Paulo. **Mulheres imigrantes e refugiadas e a luta por políticas públicas na cidade de São Paulo**. s.d. Disponível em: <https://www.modifica.com.br/arquivos/cartilhas/cartilha-mulheres-imigrantes-refugiadas-luta-por-politicas-publicas-sp.pdf>. Acesso em: 14. 08.2021.

ESTADO DE SÃO PAULO. Defensoria Pública. **Denuncie la Violencia Obstétrica**. 2014. Traduzido por Equipe de Base Warmis – Convergência das Culturas. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/VIOLENCIA.OBSTETRICA\\_espanhol.pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/VIOLENCIA.OBSTETRICA_espanhol.pdf). Acesso em: 14. 08.2021.

EQUIPE DE BASE WARMIS. **O calor corporal**: Considerações ao atendimento do parto e nascimento nas mulheres imigrantes da Bolívia, Chile e Peru. s.d.-A. Disponível em: [http://warmis.org/images/warmis\\_folder\\_calorcorporal\\_A42.pdf](http://warmis.org/images/warmis_folder_calorcorporal_A42.pdf). Acesso em: 14. 08.2021.

EQUIPE DE BASE WARMIS. **¿Sabías que tienes derecho a tener tu parto normal gratuitamente y con respeto en São Paulo?** s. d. B. Disponível em: [http://www.warmis.org/images/acesso\\_imigrantes\\_casa\\_de\\_parto.pdf](http://www.warmis.org/images/acesso_imigrantes_casa_de_parto.pdf). Acesso em: 14. 08.2021.

FRANÇA, R. L. **Manual de direito civil**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 1º volume.

KURAMOTO, C. **Assistência ao parto de mulheres imigrantes: a vivência do enfermeiro obstetra/obstetriz**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Enfermagem em Saúde Pública, Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

LARAIA, R. de B. **Cultura**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LISBOA, T. K. Fluxos migratórios de mulheres para o trabalho reprodutivo: a globalização da assistência. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 805-821, set.- dez. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v15n3/a17v15n3.pdf>. Acesso em: 14. 08.2021.

MARTINE, G. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. **São Paulo em Perspectiva**, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set., 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392005000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001). Acesso em: 27. 08.2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 02.08.2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3). Acesso em: 14. 08.2021.

PAES, V. G. **Fronteiras políticas em movimento – dilemas e tendências de novos fluxos migratórios em São Paulo: trabalho, gênero e direitos**. 2017. Tese (Doutorado em História) – Programa de História Social, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SITTA, J. T. **Posições sociais e maternidade no percurso migratório de mulheres haitianas residentes em Cambé – 2017**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Londrina, Londrina, 2018.

SILVA, S. R. O. da. **A cultura na gestação, parto e nascimento: vozes das mulheres imigrantes sírias**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Mudança Social e Participação Política, Escola de Artes Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2002. Disponível em: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration\\_cultural\\_diversity\\_pt.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf). Acesso em: 14. 08.2021.

UNFPA BRAZIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)**. Publicado em 02 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://brasil.unfpa.org/pt-br/publications/relat%C3%B3rio-da-confer%C3%Aancia-internacional-sobre-popula%C3%A7%C3%A3o-e-desenvolvimento-confer%C3%Aancia-do>. Acesso em: 01.08.2021.



# A CRISE AMBIENTAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE: EM BUSCA DE UMA SOCIEDADE SUSTENTÁVEL QUE GARANTA O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

**Ariadna Leticia Figueiredo de Jesus**

Universidade de Itaúna (UIT), Minas Gerais.  
ariadnafigueiredo.adv@hotmail.com

**Deilton Ribeiro Brasil**

Universidade de Itaúna (UIT), Minas Gerais.  
deilton.ribeiro@terra.com.br

**Resumo:** No contexto de grave crise ambiental, iniciado nas últimas décadas, resultado do modelo capitalista que coisifica e nega a natureza e seus recursos naturais, fazendo com que prevaleça apenas seu valor perante a economia e gerando uma racionalidade econômica, de suma relevância buscar alternativas que tragam solução e equilíbrio aos problemas ambientais. Assim, o objetivo da presente pesquisa é trazer reflexões acerca do potencial representado pela Educação Ambiental na construção de uma nova racionalidade, de maneira interdisciplinar, resgatando saberes e conhecimentos, a fim de permitir a consolidação de uma sociedade sustentável. O estudo em comento justifica-se pela análise da atual conjuntura, que demonstra a gravidade da crise ambiental vivenciada pelo planeta, bem como a patente possibilidade de esgotamento dos recursos ambientais. Com base em pesquisas bibliográficas e documentais, e por meio da utilização do método dedutivo, o resultado alcançado é a comprovação de que a Educação Ambiental, inserida no cenário escolar desde os anos iniciais, numa perspectiva aliada ao diálogo de saberes e à interdisciplinaridade, é capaz de formar transformadores sociais envolvidos com a minimização dos impactos ocasionados pela ação do homem sobre a natureza, sendo imperioso destacar que isso representa importante passo rumo a uma nova racionalidade e aos ideais de uma sociedade sustentável, que garanta o direito fundamental ao meio ambiente às presentes e futuras gerações.

**Palavras-chave:** Crise ambiental; Educação ambiental; Nova racionalidade; Meio ambiente ecologicamente equilibrado; Sociedade Sustentável.

*The environmental crisis and the importance of education in the construction of a new rationality: in pursuit of a sustainable society which ensures an ecologically balanced environment*

**Abstract:** In the background of a severe environmental crisis, which began in the recent decades, resulting from the capitalist model that becomes an object and denies nature and its natural resources, causing it to prevail only its value before the economy and generating an economic rationality, of great relevance to seek alternatives that bring solution and balance to environmental problems. Thus, the objective of this research is to bring reflections about the potential represented by Environmental Education in the construction of a new rationality, in an interdisciplinary way, rescuing knowledge and knowledge, in order to allow the consolidation of a sustainable society. The study in comment is justified by the analysis of the current conjuncture,

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

which demonstrates the severity of the environmental crisis experienced by the planet, as well as the patent possibility of depletion of environmental resources. Based on bibliographic and documentary research, and through the use of the deductive method, the result obtained is the proof that environmental education, inserted in the school scenario since the initial years, in a perspective allied to the dialogue of knowledge and interdisciplinarity, is able to form social transformers involved with the minimization of the impacts caused by the action of man on nature, it is imperative to highlight that this represents an important step towards a new rationality and the ideals of a sustainable society, which guarantees the fundamental right to the environment to present and future generations.

**Keywords:** Environmental crisis; Environmental education; New rationality; Ecologically balanced environment; Sustainable society.

## INTRODUÇÃO

Diante da grave crise ambiental que se instalou no planeta, evidenciada nas últimas décadas, é possível destacar que se trata de um processo resultante da ação do homem sobre a natureza, bem como da racionalidade econômica que prevalece no sistema capitalista, mediante a qual a natureza e seus recursos são negados, coisificados e objetificados.

Assim, nesse contexto, desponta a premente necessidade de efetivar alternativas que objetivem a minimização dos problemas ambientais.

Desse modo, constitui objetivo geral da presente pesquisa a análise da Educação Ambiental, com base na interdisciplinaridade e no diálogo de saberes, como forma de propiciar a construção de uma nova racionalidade, a fim de permitir a consolidação de uma sociedade sustentável.

Nesse diapasão, o trabalho será desenvolvido a partir da premissa de que a crise ambiental somente poderá ser solucionada por meio da mudança de concepções e nas formas de pensar e de agir dos cidadãos, para então discorrer sobre a imprescindível contribuição que o espaço escolar e os professores proporcionam sobre os seus educandos, a fim de que se tornem indivíduos com senso crítico e comprometidos com suas atitudes, objetivando a sustentabilidade.

A escolha do tema justifica-se em razão de que, contemporaneamente, há uma inquestionável evidência de que a crise ambiental planetária é cada vez mais complexa e avança em níveis difíceis de serem contornados, sendo essencial a busca por medidas que conduzam à preservação dos recursos naturais esgotáveis e que garantam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Assim, acredita-se imprescindível tal estudo, considerando os desafios consubstanciados na necessidade de conscientizar os cidadãos e realizar mudanças em suas atitudes, ampliando seus conhecimentos, de maneira a propiciar a disseminação das concepções referentes à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, torna-se necessário indagar: à vista da grave crise ambiental planetária, observada na contemporaneidade, a educação ambiental pode contribuir na construção de uma nova racionalidade e na formação de indivíduos conscientes e comprometidos, de modo a propiciar a construção de uma sociedade sustentável, que garanta o direito fundamental ao meio ambiente às presentes e futuras gerações?

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, e a partir de análises temáticas e qualitativas, buscou-se trazer reflexões sobre a Educação Ambiental, baseada na interdisciplinaridade

e no diálogo de saberes, e como isso pode contribuir, se difundida no espaço escolar desde os anos iniciais, para a formação de transformadores da sociedade, que materializem atitudes minimizadoras dos problemas ambientais, ocasionados primordialmente pela ação do homem em face da natureza.

Ademais, pretendeu-se analisar como a Educação Ambiental, inserida nas escolas nos moldes retromencionados, reflete inquestionável contribuição para a formação de uma sociedade sustentável, calcada em uma nova racionalidade e que possa assegurar às presentes e futuras gerações o seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A delimitação do problema teórico ocorreu a partir do método dedutivo, tendo como ponto de partida as concepções macroanalíticas, quais sejam, acerca da crise ambiental, tendo como causa, sobretudo, a racionalidade econômica e a ação do homem sobre a natureza, para, assim, verificar a importância da Educação Ambiental na formação de uma consciência ambiental, baseada em uma nova racionalidade, que possa atuar no enfrentamento dos problemas ambientais e na consolidação de uma sociedade sustentável que garanta o direito fundamental ao meio ambiente.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

## **1 A CRISE AMBIENTAL COMO RESULTADO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA**

Partindo da premissa dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de todos, devendo ser assegurado às presentes e futuras gerações, sendo possível destacar que:

A importância que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental têm para o desfrute, a tutela e a promoção dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) – como, por exemplo, vida, integridade física, propriedade, saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico, o que situa a proteção do meio ambiente – por si só – como um dos valores edificantes do nosso Estado de Direito constituído através da Lei Fundamental de 1988 (artigo 225) (SARLET, 2012, p. 29-30).

Dessa maneira, inobstante o caráter de direito fundamental atribuído à proteção ao meio ambiente, cumpre esclarecer acerca da atual conjuntura que envolve as questões ambientais, para, a partir disso, tecer reflexões que conduzem ao entendimento de que a crise ambiental é resultado da racionalidade econômica.

Isto posto, vale destacar que o mundo pós-moderno é marcado pela concepção de globalização, orienta-se pela predominância do modelo econômico capitalista e busca, a todo custo, atender às diretrizes da produção e do acúmulo de capitais.

Com base na compreensão da racionalidade econômica, os aspectos quantitativos são, então, supervalorizados, em detrimento dos qualitativos, por sua vez relativizados, restando à natureza e aos recursos naturais e culturais o papel de servir aos processos de exploração econômica.

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

De acordo com as lições de Enrique Leff (2002), no cenário em que a racionalidade econômica dominante, que se caracteriza pelas desajustadas formas e ritmos em que os recursos naturais são explorados, extraídos e transformados, e pela ausência de condições de produção que propiciem a regeneração e o aproveitamento sustentável dos mesmos, instalou-se grave crise ambiental que se originou a partir da intervenção desordenada do homem sobre a natureza.

Nessa perspectiva, Ingo Sarlet enfatiza que:

O atual estágio do conhecimento humano alterou significativamente a relação de forças existente entre ser humano e Natureza. Se há alguns séculos atrás o poder de intervenção do ser humano no meio natural era limitado, prevalecendo essa relação de forças em favor da Natureza, hoje a balança se inverteu de forma definitiva. (SARLET, 2012, p. 34).

No capitalismo, a concepção de natureza é tida sob o enfoque de um recurso que, diante de sua escassez, deve ser preservado, em razão de representar meio garantidor da produção econômica. Nesse ínterim, "...para os adeptos da racionalidade economicista, os recursos não são vistos senão sob o ângulo de sua disponibilidade no mercado e de preço" (LEFF, 1999, *apud* IRA, 1995, p.106).

Enrique Leff (2010) ainda destaca que a crise ambiental foi ocasionada pela racionalidade teórica, formal e instrumental decorrente da ordem econômica, e sobre a qual se fundou a modernidade, cujos traços dos processos de globalização se evidenciam na atualidade.

Dessa maneira, é possível afirmar que a crise ambiental resulta de um sistema que busca, a todo custo, maximizar os lucros econômicos, por meio do uso inadequado dos recursos naturais e, segundo Enrique Leff (2001), seu surgimento se deu em virtude do questionamento em face da racionalidade econômica e dos paradigmas teóricos legitimadores do crescimento econômico, que externaliza, objetifica, coisifica e nega, a todo modo, a natureza.

Mencionada visão é a responsável pela criação de um paradigma econômico que transmite uma ideia totalmente equivocada de progresso da sociedade moderna, eis que, privilegiando os padrões de produção e consumo, e negando a importância da natureza, consequentemente evidencia-se o cenário de crise ambiental, com os incontáveis problemas dela decorrentes.

Além disso, nesse contexto de crise ambiental, Ingo Sarlet destaca que:

Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social, e a dignidade e qualidade da vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência da sua instrumentalização inconsequente levada a cabo pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o sistema planetário. (SARLET, 2012, p. 33).

Nesse mesmo sentido, consoante Enrique Leff:

A deterioração ambiental, a devastação dos recursos naturais e seus efeitos nos problemas ambientais globais (perdas de biodiversidade, desmatamento, contaminação da água e solo, erosão, desertificação e, inclusive, a contribuição da América Latina ao aquecimento global e diminuição da camada de ozônio), são em grande parte consequência dos padrões de industrialização, centralização econômica, concentração urbana, capitalização do campo, homogeneização do uso do solo e uso de fontes não renováveis de energia (LEFF, 2009, p. 42).

Então, essa sociedade configurada nesses moldes, legitimadora da crise ambiental planetária, é identificada como uma sociedade de risco, conforme lição de Ulrich Beck (1992).

Além do que, para Enrique Leff (2010), a crise ambiental evidencia uma crise civilizatória e da razão, sendo que a degradação ambiental é um problema que resulta das formas de conhecimento, mediante as quais a humanidade coisificou o mundo, destruindo-o, privilegiando os aspectos e valores econômicos, fato sobre o qual se explica a maior razão do risco para a biodiversidade e para a vida humana.

Assim, Boaventura de Souza Santos (2001, p. 282-283) destaca que a crise ambiental pode ser considerada um dos problemas fundamentais, definindo-os como sendo aqueles que se encontram “na raiz das nossas práticas e nossas instituições, modos profundamente arraigados de estruturação e de ações sociais, repercutindo com intensidade variável nos mais diversos setores da vida social”, e diante da profundidade e amplitude desses problemas, as soluções também devem ser amplas e profundas.

A bem da verdade, a crise ambiental foi posta em evidência a partir da década de 1960, ocasião a partir da qual surgiu a necessidade de realizar mudanças na sociedade, iniciando um debate de intensas dimensões, de maneira a reconhecer o valor da natureza, da diversidade ética e cultural, sendo que, não havendo os imprescindíveis redirecionamentos sociais, a população mundial sofrerá os efeitos de catástrofes incontornáveis.

Inegável dizer que esse contexto ocasiona prejuízos irreparáveis à humanidade, pois “[...] a questão ambiental é uma questão de vida ou morte, de morte ou vida, estas, não apenas de animais e plantas, mas do próprio homem e do Planeta que o abriga” (MILARÉ, 2005, p.50).

Além disso, considerando o caráter de direito fundamental atribuído ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a dignidade da pessoa humana como seu princípio garantidor, relevante destacar, consoante leciona Ingo Sarlet:

(...) tais questões refletem, em verdade, também uma crise de ordem ética, pois é justamente o comportamento do ser humano – através das suas práticas nas mais diversas áreas – o fator responsável pela degradação ecológica relatada nas linhas precedentes, o que, por sua vez, acaba por se voltar contra ele próprio e comprometer os seus direitos fundamentais e, no limite, a sua dignidade. (SARLET, 2012, p. 32).

É possível destacar ainda que, diante da necessidade de mudanças nas concepções, de maneira a resguardar as questões ambientais enquanto direito fundamental, a proteção ao meio ambiente deve ser transmitida aos indivíduos, também, como um dever constitucional, consoante se evidencia novamente pelas lições de Ingo Sarlet:

Da ética da responsabilidade, na esteira da dimensão moral [...], deve-se migrar para a esfera jurídica dos deveres constitucionais de proteção do meio ambiente, de modo, inclusive, a limitar a própria autonomia da vontade e os demais direitos fundamentais do ser humano, quando tal se fizer necessário para assegurar o desfrute de uma vida digna e saudável para as presentes e futuras gerações. (SARLET, 2012, p. 35).

Desse modo, considerando que, para Enrique Leff (2002, p. 191), “a crise ambiental é a crise do nosso tempo. O risco ecológico questiona o conhecimento do mundo”, é possível evidenciar ser inevitável o desenvolvimento de reflexões e a construção de um novo paradigma, que se baseie na mudança da consciência e das atitudes da coletividade, que possam efetivamente conduzir à minimização dos problemas ambientais percebidos atualmente, a nível planetário.

Para Leff (2006), os princípios que norteiam a racionalidade econômica devem, essencialmente, passar por uma redefinição, sendo, portanto, normatizados por condições ecológicas e pelos princípios da diversidade cultural e equidade social, dando lugar, então, à racionalidade ambiental, que, diante do paradigma dominante, surge como resposta do saber ambiental, objetivando a prevalência do qualitativo sobre o quantitativo.

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

Pode-se ressaltar que os problemas decorrentes da crise ambiental contemporânea são observados no planeta como um todo e decorrem das relações sociais capitalistas. Desse modo:

Na medida em que a maior parte das questões ecológicas consequentes é tão obviamente global, as formas de intervenção para minimizar os riscos ambientais terão necessariamente uma base planetária. Um sistema geral de cuidado planetário pode ser criado, tendo como meta a preservação do bem-estar ecológico do mundo como um todo (GIDDENS, 1991, p.150).

Nesse viés, há a extrema necessidade de estudos cada vez mais complexos e pontuais na busca por alternativas que solucionem as questões ambientais, não apenas do ponto de vista da ecologia, com uma gestão mais democrática dos recursos naturais, mas principalmente no tocante aos valores éticos, sociais, econômicos, políticos e culturais que circundam a crise ambiental que se instalou no planeta.

Isso porque a crise ambiental deve ser entendida por uma nova significação, baseada na desconstrução do conceito de meio ambiente exclusivamente interligado a sua categoria biológica, mas também relacionado aos aspectos sociológicos e às externalidades sociais, que se referem aos valores, aos comportamentos e aos saberes, construindo uma racionalidade calcada na reintegração dos saberes subjugados, bem como dos potenciais da natureza, na sustentabilidade ecológica e equidade social, demandando metodologias orientadoras da reconstrução do saber (LEFF, 2002).

Para Leff:

A crise ambiental é a primeira crise do mundo real produzida pelo desconhecimento do conhecimento; da concepção do mundo e do domínio da natureza (...). Os problemas ambientais são fundamentalmente problemas de conhecimento (...). A crise ambiental constitui um chamado à reconstrução social do mundo: apreender a complexidade ambiental (2002a, p. 207-218).

Contemporaneamente, diante da crise ambiental e de uma racionalidade econômica que cria resistências à incorporação da alteridade em relação ao meio ambiente e busca fortalecer seus ideais em todos os âmbitos da vida, de maneira a reconhecer a natureza e seus bens apenas como um valor perante a economia, inúmeros são os desafios enfrentados para alcançar a necessária mudança nas formas de pensar e nos modos de agir da população, a fim de que seja assegurada a conservação dos recursos naturais, de modo que as presentes e futuras gerações não sejam desprovidas de suas necessidades básicas e tenham garantido o seu direito fundamental ao meio ambiente.

Por esse motivo, Leff (2001) afirma que os crescentes problemas ambientais, dada a sua complexidade, não serão resolvidos ou revertidos se não houver uma completa modificação nos sistemas de conhecimento, nos valores sociais e nos comportamentos advindos da racionalidade econômica até então prevalecente.

## **2 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO ENFRENTAMENTO DA CRISE AMBIENTAL E NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE**

Por conseguinte, tendo em vista o agravamento da crise ambiental, diversos são os estudos empreendidos que envolvem temas e aspectos dessa questão, sendo possível destacar uma grande variedade de pesquisas concernentes à educação ambiental como prática pedagógica e os reflexos que ocasiona na sociedade, visto a necessidade de se construir uma nova racionalidade.

Desse modo, nesse contexto de crise ambiental, que clama por mudanças dos valores sociais nocivos e dos modos de pensar e agir da coletividade, que degradam, em demasia, os recursos naturais da humanidade, desponta a importância da educação ambiental, como alternativa capaz de propiciar a construção da racionalidade ambiental.

Em conformidade com Enrique Leff (2004), o desenvolvimento de uma nova ética, calçada em valores e identidades culturais, base sobre a qual deve estar a racionalidade ambiental, é capaz de reorganizar a sociedade, buscando a transformação das estruturas do poder e um efetivo desenvolvimento sustentável.

Outrossim, acerca dessa nova racionalidade, Enrique Leff (2009, p. 30) destaca que “os princípios de racionalidade ambiental reorientam as políticas científicas e tecnológicas para o aproveitamento sustentável dos recursos, visando a construção de um novo paradigma produtivo e de estilos alternativos de desenvolvimento”.

Assim, faz-se necessário realizar importante transformação de consciência e de comportamento dos seres humanos, surgindo novos valores e uma nova percepção para toda a sociedade, sem a qual não será possível a imprescindível modificação nas esferas econômica, política e cultural, a fim de que se promovam meios de utilização sustentável dos recursos naturais e, conseqüentemente, uma nova racionalidade.

Para tanto, a educação desponta como meio que oportuniza a concretização dos mencionados objetivos, diante de sua determinante contribuição na formação de valores, habilidades, senso crítico e iniciativas dos educandos, ressaltando-se, aqui, o papel fundamental do ensino e dos professores na formação do cidadão.

Segundo Arnaldo e Santana (2018), a escola exerce importante função na promoção da aproximação dos educandos com os saberes socialmente e historicamente construídos, sendo relevante instrumento a auxiliá-los na percepção das possibilidades que existem para a realização das mudanças em sociedade.

Além do mais, o espaço escolar contribui para o discernimento dos educandos no que refere ao seu papel de atores que transformam a sociedade, sendo certo que há que se considerar a educação ambiental como alternativa a conduzir os objetivos educacionais sob a ótica do meio ambiente.

Na seqüência, à vista da imprescindível disseminação dos conceitos concernentes à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável, a educação ambiental é tema recorrente, em razão da importância que representa na formação de indivíduos conscientes, críticos e comprometidos com as questões ambientais e com os impactos causados pela ação do homem na natureza e no ecossistema, objetivando a manutenção da vida planetária.

Desse modo, considerando a relevância da educação ambiental na atualidade para o incentivo de atitudes cidadãs favoráveis ao meio ambiente, de suma relevância pontuar a necessidade de moldar novos modos de pensar e agir, iniciando-se tal ação nos indivíduos ainda na idade escolar, visando a concretização de práticas sustentáveis e a minimização dos problemas ambientais.

Assim, consoante destaca Paulo Freire (2001), diante da necessária construção de indivíduos capazes de protagonizar o processo em questão e atuar como sujeitos ativos no combate aos problemas ambientais, a educação ambiental, visto sua função transformadora, possui o condão de formar cidadãos conscientes e comprometidos com a sustentabilidade.

Além disso, frise-se, no espaço escolar, considerando a influência dos professores e de seus ensinamentos na formação dos indivíduos, a educação ambiental apresenta-se de essencial

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

relevância, uma vez que oportuniza aos educandos, ainda crianças, nos primeiros anos da educação, formarem valores e solidificarem atitudes, convivendo, desde logo, com as lições de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a educação ambiental traduz sua relevante contribuição no enfrentamento da grave crise ambiental, diante de seu potencial na busca por mudanças de valores, comportamentos e atitudes essenciais à conservação do planeta, como caminho de possibilidade para concretizar os anseios transformadores de uma sociedade que se comprometa com o meio no qual se encontra.

E nessa perspectiva, pertinente ressaltar que o acesso à educação ambiental é considerado um direito constitucional de todos os cidadãos, haja vista a previsão legal contida na Constituição Federal de 1988, que apregoa a sua essencialidade para a qualidade de vida, delegando-se ao Estado, através do artigo 225, §1º, VI, a obrigação de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como a conscientização pública no sentido de preservar o meio ambiente.<sup>1</sup>

Desse modo, cumpre salientar que a instituição da educação ambiental como política pública no Brasil se deu mediante a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999 (BRASIL, 1999) e é regulamentada pelo Decreto nº 4.281, de 25 de junho de 2002 (BRASIL, 2002), que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental, tornando-a componente obrigatório nas grades curriculares escolares em todos os níveis de ensino, objetivando a melhoria, a preservação e a recuperação da qualidade das condições ambientais, e buscando meios sustentáveis para isso.

No tocante à definição da educação ambiental, a legislação supramencionada (BRASIL, 1999) prevê que ela se consubstancia em processos de construção de valores sociais, conhecimentos e atitudes, por parte dos indivíduos e da coletividade, capazes de conservar o meio ambiente, em sua dimensão de bem de uso comum do povo, e a sua sustentabilidade.<sup>2</sup>

Nesse ínterim, a educação ambiental cumprirá sua função no incentivo de transformação de comportamentos causadores das destruições aos recursos naturais, viabilizando aos indivíduos adquirir conhecimentos, atitudes e valores que possibilitem, diante de seu papel de agentes transformadores da sociedade, a construção de um futuro sustentável, tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações.

No que se refere à educação ambiental, consoante enfatiza Freitas (2016, p. 173), “a educação, na escola e em todos os lugares, precisa servir a outro tipo de desenvolvimento, justamente aquele que resulta de a sociedade ter encontrado o bem-estar no presente sem fazê-lo às custas do bem-estar das gerações futuras”.

O espaço escolar, por sua vez, considerando ser um local onde se desenvolve a educação formal, representa meio propício à construção de cidadãos capazes de renovar a sociedade e seus pensamentos, à transformação social que se pretende ao proporcionar aos indivíduos o acesso ao

---

<sup>1</sup> Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

<sup>2</sup> Artigo 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

conhecimento, às reflexões e às soluções para os problemas a nível local e global, eis que amplia sua visão de mundo e seu modo de agir de maneira participativa.

Entretanto, em que pese a universalização da educação ambiental enquanto disciplina pedagógica constante nos programas escolares, e visto o seu papel fundamental na mudança de atitudes dos indivíduos, de modo a criar uma nova racionalidade, calcada nos valores sustentáveis e de cuidado com os recursos naturais, essa dinâmica ainda não é vislumbrada de maneira satisfatória.

Em razão disso, é possível alegar que a obrigação legal que institui a educação ambiental não basta para promover a incorporação das necessárias mudanças de atitudes como integrantes de uma nova cultura, consubstanciada na racionalidade ambiental que se pretende efetivar, eis que, para isso, é preciso o envolvimento de questões maiores e mais complexas.

De acordo com Morin (2000), a abordagem feita pelas escolas no tocante à educação ambiental não vem favorecendo a efetivação dos resultados na sociedade, haja vista que os métodos aplicados são pouco participativos e a estrutura disciplinar ainda é muito fragmentada, razão pela qual não motiva a consciência sobre a essencialidade da transformação e da sedimentação do conhecimento.

A mudança que se pretende realizar nos hábitos, nos valores e nos modos de vida do planeta deve iniciar-se por meio da sensibilização acerca das questões ambientais e ser sequenciada pelos conhecimentos sobre a temática, de modo a provocar a ação coletiva em favor de uma sociedade sustentável, que possa ser marcada pela racionalidade ambiental.

A bem da verdade, há que se oportunizar ações educacionais, não tanto fragmentárias, que realizem uma reforma no pensamento dos indivíduos e que permitam a construção do conhecimento de forma consciente no que se refere à premente necessidade de resposta às complexas realidades planetárias.

No tocante a isso, Leff (2009) leciona que, em razão da complexidade das questões ambientais, a educação ambiental e as práticas educacionais devem embasar-se em um consistente diálogo de saberes, tornando-se essencial a interligação entre diversas visões, conhecimentos e saberes. Leff (2000) ainda salienta que, na dimensão causada pela complexidade ambiental, o conhecimento está aberto a novos horizontes civilizatórios, ocasionando seja desconstruída a racionalidade até então dominante, motivadora da crise ambiental, dando espaço a uma nova racionalidade, buscando reconfigurar as identidades, numa tentativa constante de realizar um reconhecimento e uma reapropriação do planeta.

Assim, a nova racionalidade busca estabelecer um novo mundo, no qual, por meio do diálogo de saberes, identidades coletivas possam se encontrar e haja a coabitação da natureza com as mais diversas culturas, de modo a preservar suas próprias individualidades, diferenças e práticas sociais, assim como o fizeram durante toda a história da humanidade, permitindo a mobilização de atores sociais que construam estratégias de reapropriação da natureza, objetivando um futuro sustentável.

O foco da educação ambiental deve ser a aproximação da vida dos indivíduos com os conhecimentos e os saberes desenvolvidos no ambiente escolar, promovendo, assim, a disseminação do pensamento de que é necessária a inserção dos seres humanos com as formas de vida planetárias, propagando-se ainda a preocupação com os valores interligados à dignidade de vida e ao resgate cultural, base sobre a qual deve estar a educação ambiental.

Boff (1999) afirma que os indivíduos precisam se conscientizar de sua integração ao ecossistema, seja no que se refere à natureza, seja em relação à dimensão social envolvida na questão,

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

e ressalta que “para cuidar do planeta precisamos todos passar por uma alfabetização ecológica e rever nossos hábitos de consumo. Importa desenvolver uma ética do cuidado” (BOFF, 1999, p.134-135).

Nesse contexto, saliente-se que a compreensão acerca da complexidade do mundo globalizado só será alcançada por meio da interligação e conexão dos saberes, notadamente interligando os saberes escolares com os saberes da vida, eis que isso permitirá o entendimento das questões ambientais sob diversas visões, sendo certo que a escola deve atender a essa necessidade de transpor os limites da especialização para, oportunizar a produção do conhecimento interdisciplinar (LEFF, 2009).

Por assim dizer, pode-se destacar de acordo com Enrique Leff que:

A construção do saber ambiental implica uma desconstrução do conhecimento disciplinar, simplificador, unitário. Trata-se de um debate permanente frente a categorias conceituais e formas de entendimento do mundo que tem consolidado formas de ser e conhecer modeladas por um pensamento unidimensional que tem reduzido a complexidade para ajustá-la a uma racionalidade da modernidade que remete a uma vontade de unidade, de eficácia, de homogeneidade e de globalização. É a negação das certezas insustentáveis e a aventura na construção de novos sentidos de ser (LEFF, 2009, p. 21).

Inclusive a própria Política Nacional de Educação Ambiental prevê a importância do diálogo entre os saberes e do rompimento dos moldes que induzem a disciplinas fragmentadas, à medida que destaca que a educação ambiental deve ser desenvolvida de maneira integrada, contínua e permanente, possibilitando a interação entre os diversos saberes, que se complementam entre si (BRASIL, 1999).

Outrossim, em análise ao caráter de continuidade atribuído ao processo de educação ambiental, destaca-se que esta é resultado de construções ao longo do tempo, visto que as pretendidas mudanças de concepções e de atitudes somente serão alcançadas por meio de métodos participativos que permitam aos educandos despertar o interesse pelo conhecimento, de maneira que a aprendizagem dos conteúdos seja efetivada de forma significativa.

Desse modo, diante da premente necessidade de mudança de paradigma, transpondo-se uma racionalidade econômica, que protagoniza a grave crise ambiental instalada, dando lugar para a racionalidade ambiental, a educação ambiental encontra seu papel na contribuição dessa transição, à medida que busca resgatar o que estava desconectado, a relação entre os seres humanos e a natureza e as circunstâncias envolvidas entre ambos, eis que se encarregará de propiciar a mudança de pensamento e de atitudes, elevando o sentido de solidariedade, de vida e de planeta, desde os anos iniciais do educando.

No mesmo sentido Bosselmann preleciona que:

Não obstante os seres humanos continuarem a ser uma ameaça a seus “companheiros” da espécie humana, eles, além disso, passaram a representar uma ameaça para as condições naturais da vida, o que demanda um conceito alargado de solidariedade, incorporando uma dimensão ecológica à já existente dimensão social, de modo a alcançar uma adequada compreensão dos direitos humanos e fundamentais. (BOSEL-MANN, 2006, p. 12, *apud* SARLET, 2012, p. 38).

Nessa perspectiva, a racionalidade ambiental que se pretende configurar, firmando suas bases em uma nova ética que se movimenta em prol do desenvolvimento da sustentabilidade, poderá ser concretizada por meio da educação e atuará notadamente na busca pela minimização da crise ambiental visualizada na atualidade.

Além disso, Enrique Leff ainda ressalta que a educação ambiental deve ser aliada à interdisciplinaridade, representada pela “pela via da articulação de diversos campos do conhecimento,

sem olhar para os obstáculos epistemológicos e para os interesses disciplinares que resistem e impedem tal via de completude”. (LEFF, 2012, p. 32).

Nessa lógica, a educação ambiental, sob o olhar da interdisciplinaridade, pode ser considerada uma alternativa a promover a mudança nas concepções dominantes da racionalidade econômica, de forma a reconectar os saberes, resgatar os valores perdidos, desenvolver a consciência da necessidade de novos hábitos, sendo, assim, veículo de transformação da sociedade, incentivadora da preservação dos recursos naturais disponíveis.

Assim, a educação ambiental pode ser considerada um processo de aprendizagem permanente, devendo voltar-se à vida dos educandos, situando-os, pois, desse modo, os saberes e diversos conhecimentos passam a fazer sentido na busca pela transformação social almejada, fazendo-se essencial para promover a consciência local e planetária e o rompimento da visão fragmentada, ampliando as possíveis concepções para a formação de uma nova racionalidade.

Diante da função transformadora atribuída à educação ambiental, os indivíduos, principais causadores da degradação ambiental, são chamados a tomar consciência da importância de suas próprias atitudes e responsabilidades, para que contribuam com o bem comum, sendo de suma relevância para mudar os rumos da crescente degradação ambiental e efetivar o desenvolvimento sustentável.

Para Tamaio (2000), a educação ambiental funciona como “mais uma ferramenta de mediação necessária entre culturas, comportamentos diferenciados e interesses de grupos sociais para a construção das transformações desejadas”, fazendo com que se conclua que esta disciplina, dada a sua importância, deve ser utilizada, de maneira interdisciplinar, conjuntamente a demais meios capazes de solidificar o aprendizado e a construção de práticas sociais sustentáveis, e proporcionar a reconexão do homem e a natureza.

Isso porque, hodiernamente, prevalece a compreensão de que, segundo Freire Dias (1993), a educação ambiental ultrapassa os aspectos meramente ecológicos, visto que as questões ambientais são cada vez mais complexas.

Do mesmo modo, Reigota (1994) ainda destaca que a crise, antes de se classificar como ecológica, é uma crise da civilização. Em outras palavras, pode-se salientar que não é a natureza a causadora de sua própria desarmonia, que vem sendo paulatinamente ocasionada por hábitos e atitudes provenientes de uma sociedade pós-industrial, na qual é prevacente a racionalidade econômica, em detrimento das questões ambientais.

Por tal razão, a educação ambiental, por meio da interdisciplinaridade em suas práticas pedagógicas, deve ampliar a simples abordagem de seus conteúdos educativos e atender à extrema necessidade de priorizar os aspectos políticos, econômicos e socioculturais.

Assim, é adequado afirmar que a educação ambiental, haja vista que converge aos princípios da interdisciplinaridade, da sustentabilidade e da complexidade, encontra seu fundamento na inevitável construção de uma nova ética, baseada em valores e comportamentos que orientarão os indivíduos na busca pela sustentabilidade ecológica, bem como na renovada ideia de que as questões ambientais são marcadas por complexidade, sendo essencial que o conhecimento seja reconstituído por meio do diálogo de saberes.

Ante os desafios causados pela complexidade que envolve os problemas ambientais, há que se desenvolver ações motivadoras no ambiente escolar, que permitam novas formas de pensar e de ensinar, razão pela qual o desfecho carece de ações construtoras e reformadoras de indivíduos comprometidos a agregar valores positivos que favoreçam a ruptura de paradigmas históricos (MORIN, 2003).

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

E dessa maneira, conjugando-se o diálogo de saberes com a interdisciplinaridade, a educação ambiental contribuirá com a formação de uma nova visão acerca das questões ambientais e dos recursos naturais e seu uso, circunstância a partir da qual se poderá falar em sustentabilidade que possa minimizar a crise ambiental engendrada pela racionalidade econômica e consolidar uma sociedade sustentável.

Nesse mesmo raciocínio, diante da importância do diálogo dos saberes, há uma inquestionável compreensão de que as questões ambientais são indissociáveis dos aspectos culturais e socioeconômicos, enfoque sobre o qual deve ser desenvolvida a educação ambiental baseada em aspectos metodológicos interdisciplinares, que possibilitem a interconexão de saberes, de modo a propiciar que modos de pensar e de agir sejam inaugurados em uma nova racionalidade.

Sopesadas tais circunstâncias, é possível tomar posição de que a educação ambiental, por meio da interdisciplinaridade e do diálogo de saberes, desenvolve importante papel na construção de uma nova racionalidade, baseada na consciência ambiental, ensejando uma sociedade sustentável que venha garantir o direito fundamental ao meio ambiente.

### **3 CONSCIÊNCIA AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE: CONSTRUÇÃO NECESSÁRIA PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA SOCIEDADE SUSTENTÁVEL**

O planeta Terra passa por graves problemas ambientais, marcados lamentavelmente pelo esgotamento dos recursos naturais e desastres ecológicos de grande monta, sendo que, conforme já visto, a ação humana é a principal responsável por essa situação.

Sabe-se também que a Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção ao meio ambiente como direito fundamental, à luz de tantos instrumentos internacionais que versam sobre a temática e que têm na sustentabilidade e no desenvolvimento sustentável uma alternativa para assegurar essa garantia às presentes e futuras gerações.

A proteção ao meio ambiente é considerada cláusula pétrea, visto seu *status* de direito fundamental, objetivando, consoante destaca Fiorillo (2009), que a geração atual possa desfrutar dos bens e recursos naturais, sem que isso, contudo, comprometa a qualidade de vida das futuras gerações.

As sociedades contemporâneas demonstram as consequências cada vez mais complexas do impacto socioambiental causado pelos homens ao meio ambiente, sendo certo que a problemática da sustentabilidade assume importante papel nas alternativas que se revelam e o conceito de desenvolvimento sustentável aparece para enfrentar a crise ambiental instalada.

Segundo Jacobi (1997), a sustentabilidade surge, então, como uma forma necessária de conjugar justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental, a fim de realizar a ruptura com o modelo de desenvolvimento em vigor, estimulando, de maneira permanente, as responsabilidades éticas por parte dos seres humanos.

Desse modo, diante da necessidade de redução da degradação ambiental, ocasionada justamente pela negação da natureza por parte da racionalidade econômica da modernidade, surge então a sustentabilidade, que, segundo Enrique Leff (2001), “aparece como uma necessidade de restabelecer o lugar da natureza na teoria econômica e nas práticas do desenvolvimento, internalizando condições ecológicas da produção que assegurem a sobrevivência e um futuro para a humanidade”.

Por outro lado, numa perspectiva voltada ao conceito de sustentabilidade enquanto princípio, Juarez de Freitas assim se posiciona:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e novo futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, 2012, p. 41).

Freitas (2012, p. 41) ainda destaca elementos atrelados ao conceito de sustentabilidade, que considera imprescindíveis, “(8) a solidariedade intergeracional, com o reconhecimento dos direitos das gerações presentes e futuras, (9) a responsabilidade do Estado e da sociedade e (10) o bem-estar (acima das necessidades materiais).

Desse modo, tendo em vista a grande preocupação com as questões ambientais, a nível planetário, o principal objetivo da sustentabilidade é a redução dos problemas ambientais e assegurar condição de vida no planeta, o que somente será possível se houver exploração dos recursos naturais de forma sustentável, bem como garantir que presentes e futuras gerações possam usufruir do direito fundamental ao meio ambiente, conscientizando os indivíduos da necessidade do resgate de valores éticos e de atitudes sustentáveis e de preservação.

Nessa direção, partindo às reflexões concernentes ao desenvolvimento sustentável, cumpre salientar que seu conceito é trazido pela Organização das Nações Unidas, por meio do Relatório de Brundtland (ONU, 1987), como sendo “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Além disso, a conceituação acerca do desenvolvimento sustentável foi fortalecida pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como ECO-92 (ONU, 1992), ocasião em que foram projetadas ações a serem desenvolvidas pelos países signatários, objetivando a efetivação do desenvolvimento sustentável.

Desse modo, o desenvolvimento sustentável é o processo mediante o qual o crescimento econômico será harmonizado à preservação da natureza e dos recursos naturais, diante da evidência de que somente o seu uso moderado será capaz de assegurar a vida digna para as presentes e futuras gerações.

Para Sachs (2002), o desenvolvimento sustentável busca uma harmonia para os objetivos sociais, ambientais e econômicos, não havendo que se falar, contudo, em atribuição de valor aos bens naturais do ecossistema, pois seria incompatível com os ideais sustentáveis. Para ele, os recursos naturais devem ser retirados na exata medida a proporcionar o giro da economia, resguardando seja mantido o suficiente para propiciar a sua renovação (SACHS, 2002).

Enrique Leff enfatiza que:

O desenvolvimento sustentável vai além do propósito de capitalizar a natureza e de ecologizar a ordem econômica. A sustentabilidade ambiental implica um processo de socialização da natureza e o manejo comunitário dos recursos, fundados em princípios de diversidade ecológica e cultural. (LEFF, 2001, p. 82).

Na mesma direção, em conformidade com as lições de Nascimento e Silva (2002), o desenvolvimento sustentável tem em seu fundamento a concepção de que seria a soma dos recursos naturais junto àqueles criados pelo homem, não podendo sofrer qualquer diminuição de uma geração em relação à outra, e é considerado princípio basilar do direito ambiental.

Nessa perspectiva:

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2009, p. 28).

Além disso, Leff (2001) ainda destaca que o desenvolvimento sustentável não se dissocia do princípio da equidade, sendo um compromisso com as gerações futuras, interligando-se também à ideia de solidariedade intergeracional, enfatizando que:

Desta maneira, a equidade não pode ser definida por um padrão homogêneo de bem-estar; não depende apenas da repartição do acervo de recursos disponíveis e da distribuição dos custos de contaminação do ambiente global. A partir da perspectiva de uma racionalidade ambiental, os objetivos de equidade e de sustentabilidade implicam abolir o domínio do mercado e do Estado sobre a autonomia dos povos, gerando condições para a apropriação dos potenciais ecológicos de cada região, mediados pelos valores culturais e pelos interesses sociais de cada comunidade. (LEFF, 2001, p. 77).

Desse modo, ao sopesar todas essas circunstâncias, tem-se que a educação ambiental é de suma relevância na formação de uma nova racionalidade que permita a formação da consciência ambiental, obrigatória nos moldes atualmente vivenciados. Isso significa dizer que os indivíduos, tão logo atinjam a idade escolar, devem se inteirar de sua relação com a natureza, bem como compreender a interligação que há entre ambos e os impactos causados pelas suas ações ao ecossistema, para, assim, assimilarem a necessidade de práticas éticas e conscientes em prol da proteção ao meio ambiente.

Inclusive, conforme expressado na Carta Encíclica *Laudato Si* – Sobre o Cuidado da Casa Comum, divulgada pelo Vaticano em maio de 2015, o Papa Francisco conscientiza a todos, incentivando a “toda a família humana a dialogar na busca de um desenvolvimento sustentável e integral porque o desafio ambiental, que vivemos, e as suas raízes humanas dizem respeito e têm impacto sobre todos nós” (FRANCISCO, 2015, p. 5).

Segundo ainda o mencionado documento, a manutenção dos recursos naturais e a preservação da vida planetária é responsabilidade, de maneira integrada, de todos os setores da sociedade, que devem desenvolver ações sustentáveis e articulações sociais em prol do equilíbrio das questões ambientais (FRANCISCO, 2015).

Assim, a consciência ambiental almejada possui relação umbilical com os preceitos da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável, devendo estar presente no conhecimento dos cidadãos, para que coloquem em prática atitudes conscientes de preservação aos recursos naturais, que minimizem os problemas ambientais e induzam a uma sociedade sustentável guardadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, às presentes e futuras gerações.

Para Leff (2002), a solução para os problemas ambientais e a estruturação de uma nova racionalidade necessitam da ecologização de processos sociais, e mais que isso, carecem da formação de uma consciência ambiental, bem como da participação ativa da sociedade e das comunidades, por meio da democratização do Estado, visto que isso permitirá a autogestão e a cogestão dos recursos naturais.

Isso porque, ainda conforme Leff (2002), a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável devem estar intimamente relacionados à participação de atores sociais, provenientes de comunidades tradicionais, diante da essencial relevância representada por seus saberes, suas culturas e suas identidades, para a gestão ambiental e para a constituição do diálogo de saberes.

Enrique Leff ainda acrescenta:

A questão ambiental aparece como uma problemática social e ecológica generalizada de alcance planetário, que mexe com todos os âmbitos da organização social, do aparato do Estado e todos os grupos e classes sociais. Isso induz um amplo e complexo processo de transformações epistêmicas no campo do conhecimento e do saber, das ideologias teóricas e práticas, dos paradigmas científicos e os programas de pesquisa (LEFF, 2006, p. 282).

Desse modo, para tal finalidade, o Estado deve promover mudanças em suas formas de agir, comprometendo-se com a implementação de políticas públicas que propiciem a integração e participação dos cidadãos nas questões ambientais e no enfrentamento do problema, e que realizem transformações em suas concepções, reavivando a interligação entre o homem e a natureza, bem como estimulando atitudes dos indivíduos, baseadas em uma visão crítica e reflexiva, ultrapassando, conforme Leff (2006), a racionalidade econômica dominante, para, enfim, inaugurar uma nova racionalidade que propicie um saber ambiental.

Isso permite a alegação de que, conforme já pontuado, a necessária construção da consciência ambiental, a ser alcançada por meio da Educação Ambiental, de modo interdisciplinar e propiciando o diálogo de saberes, baseada nos ideais da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável, representa uma alternativa de superação da crise ambiental e de consolidação de uma sociedade sustentável, pois proporciona condições à primordial preservação dos recursos ambientais e à garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado alcançado foi possível evidenciar que o planeta atravessa intensa crise ambiental, que decorre primordialmente da ação desordenada do homem sobre a natureza, bem como da racionalidade econômica, fruto do modelo capitalista dominante que negou o valor da natureza, objetificando-a e coisificando-a.

Desse modo, há a premente necessidade de efetivar alternativas que primem pela erradicação ou redução dos problemas ambientais e pela preservação da natureza e dos recursos naturais, a fim de propiciar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja garantido às presentes e futuras gerações.

Para isso, verifica-se que é imprescindível que haja uma mudança nos modos de pensar e de agir dos cidadãos, objetivando que passem a privilegiar atitudes sustentáveis em prol do meio ambiente.

Nesse contexto, a educação ambiental representa importante potencial na efetivação dessas mudanças, visto o papel fundamental da escola e dos professores na formação de seus educandos, que precisam passar por mudanças em seus modos de pensar e de agir, a fim de se tornarem cidadãos conscientes, comprometidos e com senso crítico para atuar em face da crise ambiental.

Demonstrou-se, em vista disso, que a educação ambiental, baseada na interdisciplinaridade e no diálogo de saberes, difundida no espaço escolar desde os anos iniciais, pode contribuir positivamente para a formação de transformadores da sociedade, que materializem atitudes minimizadoras dos problemas ambientais, ocasionados primordialmente pela ação do homem contra a natureza.

Portanto, retomando a pergunta problema, chega-se à constatação de que a educação ambiental, inserida nas escolas nos moldes retromencionados, reflete inquestionável contribuição para a formação de uma sociedade sustentável, calcada em uma nova racionalidade e que possa

A crise ambiental e a importância da educação na construção de uma nova racionalidade: em busca de uma sociedade sustentável que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado

assegurar às presentes e futuras gerações o seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que proporcione uma sadia qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS

ARNALDO, Maria Aparecida; SANTANA, Luiz Carlos. Políticas públicas de educação ambiental e processos de mediação em escolas de Ensino Fundamental. **Ciênc. educ. (Bauru)**. Bauru, v. 24, n. 3, p. 599-619, 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-73132018000300599&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132018000300599&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 31 dez. 2021.

BECK, Ulrich. **Risk society**. London: Sage Publications, 1992.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União** de 05/10/1988, Brasília/DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.281, de 25 de junho de 2002. Regulamenta a Lei nº 9.795/1999. **Diário Oficial da União** de 26/06/2002, Brasília/DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4281.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4281.htm). Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 9795, 27 de abril de 1999. Política Nacional de Educação Ambiental. Lei nº 9795/1999. **Diário Oficial da União** de 28/04/1999, Brasília/DF. Disponível em <http://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/politica-de-educacao-ambiental>. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRUNDTLAND, G. H. **Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development**. 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Acesso em 31 dez. 2021.

DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental: princípios e práticas**. 2. ed. São Paulo: Gaia, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si'**. Sobre o cuidado da Casa Comum, A SANTA SÉ, Vaticano, 2015. Disponível em: <http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2015/junho/enciclica-papal-sobre-meio-ambiente-apela-para-a#ixzz3dl2L1oMX>. Acesso 31 dez. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

JACOBI, Pedro. Meio ambiente urbano e sustentabilidade: alguns elementos para a reflexão. In: CAVALCANTI, C. (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1997.

LEFF, Enrique. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. **Educação e Realidade**, v. 34, n. 3. 2009. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/9515>. Acesso em 31 dez. 2021.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável. Blumenau: FURB, 2000.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: A territorialização da racionalidade ambiental. São Paulo: Cortez, 2009.

LEFF, Enrique. Educação ambiental e desenvolvimento. In: REIGOTA, M. (Org.). **Verde cotidiano**: verde em discussão. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática e jurisprudência. 4ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, E. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Disponível em: [http://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/4415469/mod\\_resource/content/1/Base%20A%20cabeça%20bem%20feita\\_Morin.pdf](http://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/4415469/mod_resource/content/1/Base%20A%20cabeça%20bem%20feita_Morin.pdf). Acesso em 31 dez. 2021.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o desenvolvimento**: ECO-92. 1992.

REIGOTA, Marcos. **O que é educação ambiental**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito internacional ambiental**. 2 ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

TAMAIU, Irineu. **A mediação do professor na construção do conceito de natureza**. Campinas, 2000. Disponível em: [www.epea.tmp.br/epea2001\\_anais/pdfs/plenary/tr26.pdf](http://www.epea.tmp.br/epea2001_anais/pdfs/plenary/tr26.pdf). Acesso em: 31 dez. 2021.



# A CIDADANIA NO CONTEXTO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA INCLUSÃO DIGITAL E SOCIAL

**Dirceu Pereira Siqueira**

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.  
dpsiqueira@uol.com.br

**Mayume Caires Moreira**

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.  
mayumecaires@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo tem por escopo o estudo da cidadania no contexto das tecnologias da informação e comunicação. As mudanças disruptivas ocasionadas pelo avanço e disseminação das TICs transformaram a informação na principal fonte de produtividade, entretanto os reflexos dessas ferramentas vão além das relações de mercado, visto que modificaram e tem modificado a forma como as pessoas se relacionam e exercem os seus direitos e deveres de cidadão, e isso tem impactado na noção de cidadania, bem como o desenvolvimento da personalidade. Sendo assim, por intermédio do método hipotético-dedutivo, cuja metodologia foi essencialmente bibliográfica realizada por meio da pesquisa de artigos e livros acerca da temática, coletados nas bases dados, em especial na EBSCOhost, constatou-se que a cidadania transcorre pelo digital, visto que a noção de cidadania digital não considera a *internet* e as TICs como simples objetos e ferramentas, mas como instrumentos mutáveis do desenvolvimento da personalidade. Ainda, verificou-se que aqueles grupos que não tem acesso a essas ferramentas: os excluídos digitais, tem a sua integridade psíquica ofendida, assim como que por intermédio da inclusão digital é possível incluir socialmente esses grupos.

**Palavras-Chave:** Cidadania digital. Tecnologias da informação e comunicação. Inclusão Digital. Direitos da personalidade

*Citizenship in the context of information and communication technologies: reflections on personality rights and digital and social inclusion*

**Abstract:** This article has as its scope the study of citizenship in the context of information and communication technologies. The disruptive changes caused by the advancement and dissemination of ICTs have transformed information into the main source of productivity, however the reflections of these tools go beyond market relations, since they have modified and have modified the way people relate and exercise their rights and duties as citizens, and this has impacted on the notion of citizenship, as well as the development of personality. Thus, through the hypothetical-deductive method, whose methodology was essentially bibliographical carried out through the research of articles and books on the subject, collected in the databases, especially at EBSCOhost, it was found that citizenship runs through digital, since the notion of digital citizenship does not consider the internet and ICTs as simple objects and tools, but as changeable instruments of personality development. Also, it was found that those groups that do not have access to these tools: the digitally excluded, have their psychic integrity offended, as well as that through digital inclusion it is possible to socially include these groups.

**Keywords:** Digital Citizenship. Information and communication technologies. Digital inclusion. Personality rights.

## INTRODUÇÃO

As transformações tecnológicas ocasionaram e têm ocasionado mudanças que vão além da incorporação maciça dessas tecnologias no dia a dia das pessoas, visto que promoveram mudanças no modo de funcionamento da sociedade, já que a principal fonte de produtividade na contemporaneidade é a informação, comandada e alimentada pelas tecnologias da informação e comunicação (TICs). Percebe-se que a cadeia produtiva atual é constituída pelas tecnologias de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação, ou seja, pelas TICs.

As tecnologias de informação e comunicação (TICs), podem ser definidas como o conjunto de ferramentas e infraestruturas utilizadas no processamento, gerenciamento, disseminação e transmissão de informações. Possuem papel fundamental na tarefa de disseminar informações, conhecimento, de aproximar pessoas, fomentar o mercado e facilitar o acesso à informação; são ferramentas baluartes, em especial no novo contorno social, qual seja: o digital.

É digital pois, a humanidade chegou ao estágio em que o acesso à tecnologia de informação e comunicação se tornou necessário para o desenvolvimento da personalidade e para o efetivo exercício da cidadania, já que essas ferramentas proporcionam maior qualidade de vida, facilitam o acesso à informação, ao trabalho, à saúde e à educação. Isto se dá por meio do acesso e/ou realização de atividades intermediadas pelas TICs, ou seja, por meio do acesso a aparelhos eletrônicos (celular, notebook e/ou computador), acesso à *internet* (banda larga fixa ou banda larga móvel), e de atividades realizadas por meio das TICs, como por exemplo a realização de atividades de governo eletrônico (*e-Gov*).

Nesse contexto intermediado pelas TICs a cidadania passou a ser denominada de “cidadania digital”. Este termo, aplica-se na utilização da tecnologia para fins de relevância social, levando em consideração os impactos da utilização das TICs no processo de democratização, onde converge suas formas representativas para as formas participativas através de sua utilização (NEVES, 2010, p. 143-188).

Entretanto, nem todos os indivíduos possuem acesso a essas ferramentas, o que por sua vez, faz emergir uma nova categoria de excluídos: a digital. A democratização do acesso às TICs enfrenta o problema da desigualdade econômica e social, acarretando que os mesmos grupos que sofrem com outras fontes de desigualdade, padecem, atualmente, com a desigualdade no acesso às TICs.

Diante disso, delimitou-se como problemática de pesquisa as seguintes questões: Qual a concepção de cidadania no contexto das tecnologias de informação e comunicação? Qual a relevância da inclusão digital para o efetivo exercício da cidadania e para os direitos da personalidade?

Ademais, foram formuladas as seguintes hipóteses de pesquisa: a) a concepção de cidadania no contexto das tecnologias de informação foi modificada, passando para uma concepção de cidadania digital, visto que os direitos e deveres dos cidadãos perpassam pelas tecnologias da informação e comunicação; b) a cidadania digital é compreendida como um instrumento que possibilita o desenvolvimento da personalidade; e c) a exclusão digital, impossibilita a sociabilidade, impede o efetivo exercício da cidadania, prejudica o desenvolvimento da personalidade, e consequentemente reflete na integridade psíquica, vindo a ofendê-la.

Utilizou-se na pesquisa o método hipotético-dedutivo que consiste, de acordo com Karl R. Popper (1975, p. 14, apud LAKATOS, MARCONI, 2003, p. 95) “na escolha de problemas interessantes e na crítica de nossas permanentes tentativas experimentais e provisórias de solucioná-las”. Ademais, foi fundamentada na metodologia de pesquisa e revisão bibliográfica de artigos de periódicos, doutrinas aplicáveis a temáticas e relatórios estáticos, tendo em vista que por meio da pesquisa bibliográfica tem-se conhecimento da produção existente acerca da temática em estudo possibilitando o diálogo crítico (DEMO, 1985, p. 24).

Objetivando responder as problemáticas e confirmar ou refutar as hipóteses de pesquisa, foram seguidos os seguintes protocolos: a) pesquisas de obras clássicas, com pretensão de extrair conceitos basilares para o entendimento do tema em análise; b) pesquisas de artigos de periódicos, sendo utilizado as bases de dados: EBSCOhost, google acadêmico, SSRN, SciELO e portal de periódicos da CAPES. O referencial teórico é formado por artigos completos, de revistas acadêmicas nos idiomas português, inglês e espanhol, visando selecionar abordagens aprofundadas e atuais sobre a temática, inclusive identificando o estado da arte sobre o estudo do tema proposto; c) pesquisa de relatórios de dados estáticos acerca da incorporação das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros.

Sendo assim, a pesquisa se divide em três momentos: no primeiro foi feito um breve delineamento do conceito e papel das tecnologias da informação e comunicação na sociedade atual. Em seguida, fez-se um estudo da cidadania no contexto das tecnologias da informação e comunicação, abordando a sua concepção na contemporaneidade. Por fim, foi abordado a inclusão digital como um meio de assegurar o efetivo exercício da cidadania e os direitos da personalidade dos indivíduos em situação de exclusão digital.

## 1 CONCEITO E PAPEL DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

As TICs são as ferramentas que atribuem aos atores da sociedade a capacidade de transformação, todavia não devem ser consideradas como o único fator gerador das transformações sociais (CASTELLS, 2021, p. 66), tendo em vista que os fatores econômicos, políticos, científicos, éticos, de escassez, e outros mais interferem no processo de construção e reconstrução dos modelos de sociedade.

A expressão faz menção “a todo e qualquer tipo de tecnologia que trate a informação e auxilie na comunicação, podendo ser na forma de *hardware*, *software*, rede ou aparelhos eletrônicos em geral” sendo que a disseminação desse conceito foi amplamente disseminada pelo mundo após a popularização da *internet* (ISI-TICs, 2019, *online*).

Na concepção Sanchez (2003, p. 4) as TICs são:

[...] um conjunto de recursos tecnológicos usado para produzir e disseminar informações; são ferramentas que permitem arquivar e manipular textos, sons e imagens e que permitem que nos comuniquemos. Exemplos de recursos de TIC são o telefone (fixo e celular), o fax, televisão, as redes (de cabo ou fibra ótica) e, principalmente, o computador (SANCHEZ, 2003, p. 4).

As TICs, deste modo, podem ser consideradas como qualquer ferramenta utilizada desde o processo de tratamento, gerenciamento até a disseminação de informações. São tecnologias que facilitam o acesso à informação, possibilitam a interação homem/máquina, a interatividade de indivíduos, rompendo com as barreiras geográficas e possibilitam a conversão da informação em matéria prima no mercado econômico.

Na atual organização as TICs assumem papel fundamental, isto se dá em decorrência das mudanças ocorridas nos processos de desenvolvimento da sociedade contemporânea e das repercussões na democracia e cidadania, concorrendo para uma sociedade caracterizada pela crescente influência dos recursos tecnológicos, em especial pelas tecnologias de informação e comunicação (PEREIRA, SILVA, 2020).

A tecnologia, enquanto gênero, influenciou nas transformações dos modos de produção de desenvolvimento, sendo possível perceber desde a passagem do modo agrário ao industrial, e até ao modo informacional. Manuel Castell (2021) afirma que cada modo de desenvolvimento é definido pelo elemento fundamental à promoção da produtividade no processo produtivo, ou seja, a sociedade se desenvolve em torno da principal fonte de produtividade e riqueza, o que por sua vez é modificado de acordo com as variáveis citadas em epígrafe, sendo que

[...] no modo agrário de desenvolvimento, a fonte do incremento de excedente resulta dos aumentos quantitativos da mão de obra e dos recursos naturais (em particular a terra) no processo produtivo, bem como da denotação natural desses recursos. No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivos e de circulação. No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimento, de processamento da informação e de comunicação de símbolos (CASTELL, 2021, p. 74).

Anteriormente à industrialização, a produção acontecia em oficinas artesanais, também conhecidas como manufaturas, onde o artesão era responsável pelo controle de todo o processo produtivo, pequenos grupos de artesãos eram responsáveis pela produção da mercadoria em todas as etapas do processo – do início ao fim. A Revolução Industrial iniciada na Inglaterra, por volta de 1760, transformou a economia agrária, passando do trabalho manual, para uma economia mecanizada, dominada pela indústria. A mecanização era um fator importante no modo de desenvolvimento industrial, pois aumentava o lucro e o volume de produção (CUOGO, MASKE, 2014 p. 191).

Segundo os historiadores houve ao menos duas revoluções industriais, sendo que a primeira teve início antes dos últimos trinta anos do séc. XVIII, caracterizada por novas tecnologias, ou seja, a primeira revolução marcada pela substituição das ferramentas manuais pelas máquinas. Já a segunda revolução, ocorreu aproximadamente cem anos depois, caracterizada pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, e outros mais, mas em especial pelo início das tecnologias de informação e comunicação (CASTELLS, 2021, p. 90-91).

As duas revoluções mencionadas por Castell marcam o início da difusão das transformações tecnológicas, que se sucederam para além das mudanças de mercado, aconteceram concorrentemente as transformações culturais e sociais.

As mudanças disruptivas ocasionadas pelas inovações tecnológicas são percebidas na principal fonte de produtividade, isto porque na era agrícola, o fator principal era a terra e seu manejo. Na era industrial o valor centrava-se nas máquinas a vapor e na eletricidade. Já na sociedade informacional, a fonte de riqueza e poder é a informação e as tecnologias de geração de conhecimento e processamento destas (SIQUEIRA JR, 2009, p. 218).

Sendo assim, a passagem para o modo de desenvolvimento informacional diz respeito a um fenômeno global potencialmente capaz de modificar os processos sociais e econômicos, ou seja, esse modelo organizacional está associado à concentração dos mecanismos de produção no tratamento, processamento e utilização da informação como força motriz da economia, assim como está ligado à otimização do acesso à informação e ao conhecimento, aos novos paradigmas

negociais e as novas formas de interações de indivíduos situados em diversas localidades (TAKAHASHI, 2000).

Com relação à caracterização da sociedade de informação ou sociedade do conhecimento, ensinam Gustavo Cardoso e Manuel Castells (2005, p. 17):

Frequentemente, a sociedade emergente tem sido caracterizada como sociedade de informação ou sociedade do conhecimento. Eu não concordo com esta terminologia. Não porque conhecimento e informação não sejam centrais na nossa sociedade. Mas porque eles sempre o foram, em todas as sociedades historicamente conhecidas. O que é novo é o facto de serem de base microelectrónica, através de redes tecnológicas que fornecem novas capacidades a uma velha forma de organização social: as redes.

Assim, para os autores o presente modelo de sociedade não é de informação ou do conhecimento, visto que em todas as formas de sociedade a informação e o conhecimento foram centrais, porém o diferencial está nas tecnologias de informação, visto que a rede é caracterizada pela geração, processamento e transmissão da informação como sendo fontes fundamentais de produtividade e de poder (CARDOSO, CASTELLS, 2005).

Entretanto, para Toffler (1980, p. 126) a expansão dos veículos de comunicação que surgiram na metade do século XX conceberam a sociedade informacional. O autor afirmava que a humanidade poderia ser dividida em três ondas: a primeira onda – nomadismo, quando a espécie humana passou a cultivar a terra, isto é, a Era Agrícola. A segunda onda - Revolução Industrial, momento em que o valor era centrado nas máquinas, na propriedade, no trabalho e no capital. Já a terceira onda, iniciou com a invenção dos grandes veículos de informação, a título de exemplo, o telefone, o rádio, o cinema e a TV, que permitiram a propagação de informação em larga escala.

Não obstante as diferenças quanto à nomenclatura e divisão dos períodos, é cognoscível que desde a década de 1970 passou a ser constituído um novo paradigma tecnológico, alicerçado nas tecnologias disruptivas. Tais denominações são expressões utilizadas para identificar o período histórico de transição, momento em que há a preponderância da informação sobre os meios de produção, utilizando as ferramentas comunicacionais, com objetivo de coletar dados e de transformá-los em insumos comerciais.

Sendo assim, trata-se de uma nova forma de se comunicar, de informar e informar-se, de exercer a cidadania e de aprender, bem como diz respeito à instauração de novos modos de produção, baseados em insumos baratos de informação, o que por sua vez acarreta novos desafios sociais, políticos, culturais e jurídicos.

## **2 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NA CONJUNTURA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO**

As tecnologias são elementos de mediação da realidade, visto que ampliam o alcance das possibilidades de ação dos indivíduos, e diante disso o fenômeno humano não pode ser entendido fora de seu diálogo com a tecnologia, visto que nada está transformando de forma tão expressiva a realidade como a tecnologia em todas as suas facetas (SILVEIRA, 2010, p. 13).

No atual modelo organizacional operacionalizado pelas TICs, a própria definição de cidadania está evoluindo, em decorrência da cadeia de desafios que o progresso das TICs ocasionou e tem ocasionado. Ademais, o conceito de cidadania por ser historicamente situado, só pode ser compreendido a partir de uma análise do contexto social e político de sua época (COSTA, IANNI, 2018, p. 43).

A palavra cidadão advém do latim *civitas*, tem sua origem na Grécia antiga e significa “aquele que habita uma cidade (*civitas*)”; este termo “refere-se à atuação efetiva do indivíduo, o que correspondia a dizer que nem todos poderiam ser considerados cidadãos, apenas aqueles que tinham privilégios em certas classes sociais” (NUNES, 2018, p. 34).

Cidadania, é tanto um conceito, quanto um exercício e um *status*, construído socialmente e que assume inúmeras formas, a depender dos variados contextos sociais (COSTA, IANNI, 2018, p. 42). Na perspectiva Aristotélica (1973) cidadão é definido como aquele que poderia usufruir desse *status*, ou seja, significava ser titular de um poder público e participar das decisões coletivas da *polis* (cidade). Esse *status* de cidadão era atribuído a um pequeno grupo de homens livres, sendo altamente exclusivo (COSTA, IANNI, 2018, p. 44).

Na passagem da Idade Média para a Era Moderna, segundo assevera Maria Izabel Sanches Costa e Aurea Maria Zöllner Ianni (2018, p. 44):

[...] a ideia de cidadania adquiriu fundamentos filosóficos, especialmente os elaborados pela escola teórica conhecida como contratualista. Foi a partir de tais teóricos que a ideia de um contrato firmado pelos cidadãos com o Estado e a noção de direitos dos homens adquiriram relevância explicativa na formação do Estado-Nação.

A Revolução Francesa em 1789, influenciada pelos pensadores do Iluminismo sobretudo com o contratualismo de John Locke e de Jean-Jacques Rousseau, nos séculos XVII e XVIII, representou um marco para a cidadania, visto que atribui liberdade e a igualdade de direitos entre os homens desde seu nascimento (MORAIS, 2013, p. 910). José Murilo de Carvalho (2002, p. 12), afirma que há outro aspecto importante derivado da natureza histórica da cidadania:

Outro aspecto importante, derivado da natureza histórica da cidadania, é que ela se desenvolveu dentro do fenômeno, também histórico, a que chamamos de Estado-nação e que data da Revolução Francesa, de 1789. A luta pelos direitos, todos eles, sempre se deu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação. Era uma luta política nacional, e o cidadão que dela surgia era também nacional. Isto quer dizer que a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação. As pessoas se tornavam cidadãs à medida que passavam a se sentir parte de uma nação e de um Estado. Da cidadania como a conhecemos fazem parte então a lealdade a um Estado e a identificação com uma nação.

Na concepção moderna, a liberdade individual precede à noção de pertença a uma comunidade, formalizando a noção de indivíduo. Durante a modernidade tanto o conceito de cidadania quanto sua prática social desenvolveram amplamente, sendo incorporado à experiência cotidiana. Todavia, em um contexto de urbanização crescente, apesar do termo cidadania se encontrar inserido ao vocabulário político, ainda permaneceu ligado à luta pelos direitos civis, em especial diante dos movimentos sociais que surgiram mundialmente, a partir dos anos 70; sendo difundida uma nova concepção de igualdade, permeada pela ideia de diversidade (MORAIS, 2013, p. 911).

A cidadania moderna diz respeito ao direito do desfrute do mundo privado, realizado por intermédio da garantia da liberdade individual e da possibilidade de delegar sua participação na política a um terceiro, por meio do direito ao voto (COSTA, IANNI, 2018, p. 45).

Entretanto, a cidadania pode ser vista de forma mais ampla, visto que envolve um sentimento comunitário, processos de inclusão de uma população, um conjunto de direito civis, políticos e econômicos, bem como inevitavelmente, a exclusão digital. Todo cidadão é membro de uma comunidade, independentemente de como está se organize, e essa noção de pertencimento, que é fonte de obrigações, permite aos indivíduos reivindicar direitos, buscar alterar as relações no interior da comunidade, tenta redefinir seus princípios e sua identidade simbólica (GUARNELLO, 2013, p. 46).

Ovídio Jairo Rodrigues Mendes (2010, p. 5) afirma que para além da concepção teórica de cidadania há a concepção de cidadania prática. A cidadania prática abrange a forma como “os direitos que compõem a órbita da cidadania são exercidos e respeitados no cotidiano das pessoas. Direitos importantes porque definem, de forma geral, comportamentos, característicos dos membros de uma sociedade, a denominada sociedade civil”.

Para Marshall (1967, p. 76), cidadania “é uma *status* concedido àqueles que são membros integrantes de uma comunidade. Assim todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações”. Essa noção de *status* é diferente da condição que existia no período medieval (herança ou classe), uma vez que se refere à titularidade dos direitos passíveis de modificação a qualquer instante, devido às condições dos títulos de direito de cada cidadão. A titularidade dos direitos sociais que, conforme o autor, desenvolveram-se respectivamente no decorrer dos séculos XVIII, XIX e XX (MARSHALL, 1967, p. 76).

O autor identificou três gerações de direitos no processo de expansão da cidadania: civis, políticos e sociais. Nos direitos civis (século XVIII), a cidadania estava associada à liberdade individual, ou seja, de ir e vir, de imprensa, de pensamento, de religião e da propriedade. No século XIX, agregava-se os direitos políticos percebidos no exercício de participação política, direito ao voto e de ser eleito. São os direitos que asseguram a participação na vida política como membro de um organismo ou instituição. Na terceira geração da expansão da cidadania (século XX), concatenado com as anteriores surgem os direitos que asseguram a possibilidade de condições adequadas de vida – moradia, trabalho, saúde e educação (COSTA, IANNI, 2018, p. 45).

Cada geração de direitos apresentada por Marshall (1967) corresponde a uma concepção de liberdade, sendo que a liberdade nos direitos civis é estabelecida em face do Estado, os direitos políticos asseguram a liberdade no Estado e a liberdade nos direitos sociais é exercida por meio do Estado (BOBBIO, 2004).

Marilena Chauí (1984) define cidadania a partir dos princípios da democracia, como sendo uma conquista e consolidação social e política. Isto significa dizer que o exercício efetivo da cidadania reivindica a democracia e está associado ao reconhecimento do outro (ou a exclusão e não reconhecimento do outro). Assim, a cidadania está atrelada à atuação civil e política no contexto democrático, exigindo a constituição de espaços sociais de lutas por reconhecimento.

Sendo assim, percebe-se que não constitui uma tarefa fácil a definição do conceito de cidadania, visto que são múltiplas as variáveis e as interpretações de acordo com o contexto social e político. A noção de cidadania foi modificada após o paradigma da tecnologia da informação e comunicação, sendo apresentada na contemporaneidade a concepção de cidadania digital.

A concepção de cidadania digital não considera a *internet* como um objeto, mas como um instrumento mutável do desenvolvimento da própria personalidade, pois verificou-se que os indivíduos imersos no mundo virtual agem e comunicam-se e conformam-se em uma nova realidade. A relação dos indivíduos com a rede tornou-se mais importante do que a relação com os demais objetos tangíveis e intangíveis, visto a *internet* passou a ser um espaço de existência, sendo as tecnologias da informação e comunicação passou a ser parte inseparável do existir do indivíduo, visto que o existir é realizado virtualmente (FILHO, LADEIRA, 2021, p. 75).

A cidadania digital implica uma compreensão das relações culturais e sociais, que por sua vez têm a ver com o uso dos suportes tecnológicos disponíveis, assim como com a aplicação de novas formas e comportamentos na compreensão dos fenômenos e princípios que os orientam para o uso da informação com ética, legalidade, segurança, responsabilidade e assim por diante. Deste modo, um cidadão digital que faz uso constante e recorrente da *internet* tem o direito de

usar novas tecnologias de informação e comunicação na medida em que desenvolve habilidades digitais, deslocamento e acesso à informação online de forma segura, transparente e privada, bem como de participar de diferentes meios tecnológicos que hoje são em sua maioria públicos e cada vez mais baratos (ESTUPIÑÁN VILLANUEVA, *et al.*, 2016, P. 3).<sup>1</sup>

Deste modo, o conceito de cidadania está relacionado ao modo de uso da *internet* e das ferramentas tecnológicas pelos usuários, sendo que a concepção de cidadania diz respeito justamente às normas de comportamento adequado e responsável em face do uso das tecnologias (SIQUEIRA, NUNES, 2018).

Para o exercício da cidadania digital primeiramente o indivíduo precisa ter acesso a *internet* e as ferramentas tecnológicas, porém para além do acesso para o exercício efetivo o indivíduo, deve ser capaz de utilizar, analisar, avaliar, desenvolver, produzir e interpretar os meios de comunicação (MIKE RIBBLE, 2015).

Sem que haja o acesso e uma educação voltada para *internet*, o desenvolvimento da personalidade é prejudicado, visto que negar a necessidade do virtual significa recusar ao indivíduo uma parte indispensável de seu próprio ser, já que neste mundo em transformação o sentimento de pertencimento somente se conforma em totalidade na conjunção real-virtual (FILHO, LA-DEIRA, 2021, p. 75).

Desta feita, a exclusão digital de pessoas e/ou grupos menos favorecidos se apresenta como um empecilho ao livre exercício da cidadania. A democratização do acesso à *internet* e as ferramentas tecnológicas tem como dificultador as condições de pobreza de alguns grupos sociais. Sendo assim, para que haja um efetivo exercício da cidadania digital é preciso, primeiramente conectar esses indivíduos a rede, dispondo de estrutura básica (acesso à *internet*, computador, notebook, celular, e outros mais) e em segundo lugar, é preciso o letramento digital, ou seja, o domínio mínimo do manuseio das ferramentas e dos recursos da *internet* (PERUZZO, 2005, p. 273).

### **3 A INCLUSÃO DIGITAL COMO MEIO DE ASSEGURAR O EFETIVO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UM OLHAR VOLTADO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O ser humano é por natureza desigual, visto que cada um projeta em si e em sociedade características próprias que os distinguem. Isto é o que se denomina de personalidade. Todavia, a desigualdade se apresenta de diversas formas, tanto as desigualdades naturais, quanto as socialmente e economicamente estruturadas, em outras palavras, há grupos que sofrem com um somatório de desigualdades, sendo marcados historicamente por elas, a título de exemplo: de classe, raça e/ou gênero (GROENINGA, 2005).

As tecnologias da informação e comunicação ao mesmo tempo que derrubam muros, extrapolam fronteiras e aproxima pessoas e culturas, também corroboram para a exclusão de grande

---

<sup>1</sup> De manera que la ciudadanía digital supone la comprensión de las relaciones culturales y sociales, las cuales a su vez tienen que ver con el uso de los soportes tecnológicos a su alcance, así como con la aplicación de nuevos modos y conductas sobre la comprensión de fenómenos y principios que la orientan hacia el uso de la información con ética, legalidad, seguridad, responsabilidad y demás. Por ello, un ciudadano digital que hace uso constante y recurrente de lo dispuesto por internet tiene derecho a usar las nuevas tecnologías de información y comunicación en la medida que desarrolle habilidades digitales, desplazamientos y acceso a la información en línea de forma segura, transparente y privada, así como a participar en diferentes medios tecnológicos que hoy en su mayoría son públicos y cada vez más baratos (texto no original).

parte da população, pois aqueles grupos que já não eram vistos, nem lembrados, estão mais distantes da possibilidade de exercer de forma efetiva a cidadania e desenvolver de modo saudável e com equidade sua personalidade (MEDEIROS, 2021, p. 75707).

Deste modo, ao passo que o desenvolvimento das TICs trouxe novas formas de interação social, acesso à informação e modificou o valor (a força motriz) do mercado, por outro provocaram o surgimento de uma nova categoria de cidadão: o excluído digital (ALMEIDA, MACHADO, 2021, p. 279).

Manuel Castells (2003, p. 263) afirma que “a rápida difusão da *internet* está ocorrendo de maneira desigual pelo planeta” e que:

A centralidade da Internet em muitas áreas da atividade social, econômica e política equivale a marginalidade para aqueles que não têm acesso a ela, ou têm apenas um acesso limitado, bem como para os que são incapazes de usá-la eficazmente (CASTELLS, 2003, p. 250).

Há uma nova marginalização com as transformações tecnológicas: a digital. A conectividade, as facilidades da *internet*, as novas formas de exercer a cidadania, em especial por intermédio do *e-Gov*, não atingem a todos. Em seu significado usual, “a divisão digital” diz respeito à desigualdade de acesso à *Internet* (CASTELLS, 2003, p. 251).

Cada vez mais torna-se indispensável o acesso às tecnologias para ser parte do corpo social, visto que a falta de acesso e ou domínio das ferramentas gera exclusão e impossibilita a participação no novo modo de funcionamento da sociedade (QUONIAM; TREVISAM; FERRA JÚNIOR, 2020, p. 882).

Em 2019 o número de domicílios brasileiros com acesso à *internet* chegou a 50,7 milhões. O crescimento de domicílios brasileiros conectados ocorreu tanto em áreas urbanas quanto rurais, embora permaneça a desigualdade geográfica, apesar de que pela primeira vez na série histórica, mais da metade dos domicílios (51%) contavam com conexão de *internet* (CETIC.BR, 2020, p. 61). Importante descrever a convergência entre as proporções de domicílios conectados nas cinco regiões do país, sendo que o Sudeste apresenta o maior índice de penetração com 75% dos domicílios têm acesso à *internet*, e as demais regiões apresentam os seguintes percentuais: no Sul (73%), no Norte (72%), no Centro-Oeste (70%) e no Nordeste (65%) (CETIC.BR, 2020, p. 62).

Percebe-se nos dados coletados pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (2020, p. 76-77), que em 2019, dois terços dos usuários de *internet* (com mais de 16 anos), realizaram atividades de *e-Gov* nos 12 meses anteriores à pesquisa, isto estima, portanto, que cerca de 81 milhões de brasileiros usaram a *internet* para realizar buscas de informações ou realizar serviços de governo eletrônico. Saliente-se que a área urbana seguiu com percentual maior que a área rural, sendo que a primeira chegou a 70%, enquanto a proporção da área rural era de 49%.

Sendo assim, percebe-se pelos dados expostos que a democratização do acesso à *internet* no Brasil enfrenta o problema da desigualdade, em suas diversas fontes: de classe, renda, região e outras mais. Segundo o relatório da UNESCO, o acesso à *internet* no Brasil ainda é crítico, pois embora tenha números crescente de utilizadores, há uma grande parte da população sem qualquer tipo de acesso à *internet*, especialmente entre os mais vulneráveis economicamente, com mais de 60 anos e os que vivem em zonas rurais. Assim, é possível perceber que os grupos

A cidadania no contexto das tecnologias da informação e comunicação: reflexões a partir dos direitos da personalidade e da inclusão digital e social

que já padecem com outras fontes de desigualdades, enfrentam outra fonte de desigualdade: a digital (UNESCO, 2019, p. 19, tradução livre).<sup>2</sup>

O contexto de exclusão digital gera o sentimento de invisibilidade, visto que os indivíduos em desigualdade de acesso sofrem um somatório de desigualdades, o que por sua vez impede a inclusão social, já que as relações interpessoais, de mercado e cultural perpassam pelas tecnologias de informação e comunicação.

Ao se referir aqueles que não possuem acesso às TICs, não é possível tratá-los apenas como excluídos digitais, pois antes de tudo, são excluídos sociais. Ademais, o cenário de desigualdade tecnológica impede a redução da desigualdade social, visto que não ter acesso às tecnologias simboliza estar fora dos principais fluxos de informações e do novo modelo de sociedade. Desta feita, a nova categoria de excluídos: a digital, pode ser facilmente encontrada no grupo de excluídos sociais (MEDEIROS, 2021, p. 75708).

Assim, a apropriação devida da tecnologia, pode significar uma oportunidade de democratização de informações e oportunidades, para que esses grupos tenham um melhor acesso aos serviços públicos, às ferramentas de formação e de educação. Ademais, o domínio das ferramentas digitais os torna aptos a serem criadores e terem parte ativa na sua formação, deixando de ser somente receptores (GOMES, 2020, p. 82).

Sendo assim, a conexão entre tecnologias da informação e comunicação, cidadania e direitos da personalidade se dá em decorrência dos reflexos das TICs na sociedade, pois vão além de modificar os modos produção, a matéria prima do mercado, a “tecnologia digital insere o sujeito em um novo contexto cultural, em que não somente ele transforma a tecnologia, mas é por ela transformado” (PISCHETOLA, 2016, p. 10).

Há uma íntima relação entre o acesso à internet e do (des)conhecimento das tecnologias de informação e comunicação (TICs) com a vida cotidiana dos indivíduos e o seu direito social de cidadão, isto porque estar conectado e interagir na cibercultura permite-lhes uma visão de espaço-tempo, tornando-os inclusos nas discussões sobre as decisões e informações que afetam o seu exercício da cidadania (LENHARDT, FONTANA, 2016).

Assim, mostra-se necessário abordar as repercussões dessa conjectura no desenvolvimento da personalidade e nos direitos da personalidade, em especial aqueles de ordem psíquica. Conforme explana Eduardo Carlos Bianca Bittar (2002, p. 522):

Se os usos bons e as consequências benéficas da tecnologia são majoritários, deve-se também pensar no lado oposto: a violência sai potencializada; os crimes virtuais se multiplicam; o acesso irrestrito aos códigos e à privacidade individuais aumentam e pluralizam as formas de redução da esfera íntima da pessoa humana; as armas biológicas alcançam distâncias e consequências cada vez maiores; as estratégias guerreiras fulminantes e agonizantes aumentam seu potencial de efeitos; a meticulosidade tecnológica ganha forças para o aumento do sofrimento humano; os ataques imprevisíveis tornam-se corriqueiros, num mundo onde tudo é possível e onde todos são potencialmente armas de violência ambulantes [...] (BITTAR, 2002, p. 522).

O termo personalidade possui, segundo Duane P. Schultz (2021) três definições: o estado de ser uma pessoa, as características e qualidades que formam o caráter distintivo de uma pessoa e a soma de todas as características físicas, mentais, emocionais e sociais de uma pessoa. Assim, “personalidade trata de tudo o que faz você ser quem é – um indivíduo único, que é diferente, em maior ou menor grau, das outras pessoas” (SCHULTZ, 2021, p. 1).

---

<sup>2</sup> Internet connectivity is a critical point of the Brazilian digital scenario. Although Brazil has an increasing number of Internet users, there is still a large population without any type of access, especially among the poorest, those aged more than 60 years old, and those living in rural áreas (texto no original).

A personalidade é formada pelo “conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma, e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular.” (GONÇALVES, 2008, p. 68). Ou seja, é constituída de atributos e características próprias de cada pessoa, bem como de formas singulares de exteriorização, sendo que a proteção e efetivação da liberdade da pessoa em desenvolver de forma livre a sua personalidade é o objetivo dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos indispensáveis à vida humana; “[...] são as aspirações próprias, privadas, do indivíduo, as quais são satisfeitas pela vida, pela integridade física, pela honra, pela liberdade, pela privacidade, entre outras prerrogativas (FERMENTÃO, 2006, p. 262).

Os direitos da personalidade são aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana em si mesma e em suas projeções na sociedade, cuja previsão no ordenamento jurídico tem por objetivo resguardar os valores inatos do homem, como a vida, a integridade física, à integridade psíquica, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra e outro mais (BITTAR, 2014, p. 29).

São inseparáveis, inerentes e inato as pessoas, e “constituem a base de todos os direitos especiais, inclusive distinguindo-se dos direitos sobre a própria pessoa” (FERMENTÃO, 2006, p. 254), logo são aqueles direitos necessários e indispensáveis ao desenvolvimento saudável das pessoas, sem os quais a personalidade restaria prejudicada. Nas palavras de Fernando Navarro Vince e Daniela Menengoti Ribeiro:

Os direitos da personalidade constituem, então, categoria de direitos subjetivos, inerentes à própria pessoa humana e essenciais ao seu desenvolvimento. São os direitos da pessoa de defender o que é próprio, tais como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a imagem, a privacidade e outros mais, sempre em respeito ao princípio da dignidade humana. Assim, a consideração da pessoa – e, portanto, sua personalidade – se configura como um valor unitário, sendo necessário o reconhecimento da proteção na sua integralidade (2020, p. 242).

Assim, são os direitos reconhecidos à pessoa em si mesmo, cuja proteção se destina a garantir o livre desenvolvimento da personalidade. Estes direitos são absolutos, visto que são oponíveis *erga omnes*, isto significa dizer que, é imposto à coletividade o dever de respeitá-los (TEPEDINO, 2021, p. 152).

Em decorrência da amplitude e obrigatoriedade em respeitá-los, a proteção dos indivíduos abarca a necessidade de tutela frente às transformações tecnológicas (SIQUEIRA, LARA, 2021, p. 8), melhor dizendo, ao se tratar da exclusão digital, faz-se necessário a implementação de instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade.

O direito personalíssimo à integridade psíquica pertence aos Direitos psíquicos da personalidade e, se destina a preservar o conjunto psicoafetivo e pensante da estrutura humana. Esse direito compreende o zelo quanto à higidez da psíquica e procura resguardar os componentes identificadores da estrutura interna da pessoa, bem como os elementos da sua mente, que nor-teiam sua conduta (BITTAR, 2015, p. 182).

De acordo com Giselle Câmara Groeninga (2005, p. 452):

A integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade para o quê se fazem necessárias condições mínimas de sobrevivência digna - que atenda à vida e à condição humana. O estado de privação obviamente gera um estado de desconfiança e vitimização que afetará toda a personalidade.

Diante da desigualdade de acesso às TICs, os indivíduos que vivem nessa condição têm seu direito à integridade psíquica ofendida, pois sofrem com o sentimento de invisibilidade, marginalidade, de não pertencimento, e isto impede a sociabilidade e alimenta sentimentos de injustiças sociais.

Deste modo, tendo em vista que os atributos psíquicos do ser humano estão relacionados aos sentimentos de cada pessoa, ou seja, a noção de saúde perpassa pela higidez mental, as condutas que violam e afetam a integridade psíquica derivam de atos que causam sentimento negativos e desagradáveis, e podem ocorrer de modo isolado ou cumulado com outros direitos existenciais e/ou materiais. Assim, percebe-se a ofensa à integridade psíquica dos indivíduos em exclusão digital, visto que esses grupos são forçados a se desenvolverem às margens da sociedade digital, sofrendo com o sentimento de invisibilidade ao não pertencer a organização social (BESSA; REIS, 2020, p. 12- 13).

Sendo assim, se inclusão digital, é em verdade uma inclusão social o contrário também é verdadeiro, os excluídos digitais são antes de tudo excluídos sociais, pois o exercício efetivo da cidadania perpassa pelas TICs, o exercício dos direitos civis, políticos e sociais, o acesso à informação e a comunicação são intermediados por essas ferramentas.

## CONCLUSÃO

Diante da problemática de pesquisa, assim como de todo o conteúdo apresentado acerca do papel das tecnologias de informação na contemporaneidade, da concepção de cidadania no contexto das TICs e da abordagem da inclusão digital como um meio para o efetivo exercício da cidadania, sob o viés dos direitos da personalidade, foi possível confirmar as hipóteses de pesquisas levantadas.

Sendo assim, o paradigma das tecnologias da informação e comunicação inauguraram uma nova forma de se comunicar, de receber e transmitir informações, de educar e aprender, assim como inauguraram novas formas de exercer a cidadania por meio dessas ferramentas, o que gerou novos desafios sociais, políticos, culturais e jurídicos.

Na atual organização social a concepção de cidadania transcorre pelo digital, visto que a noção de cidadania digital não considera a *internet* e as tecnologias de informação e comunicação como simples objetos e ferramentas, mas como instrumentos mutáveis do desenvolvimento da personalidade, sendo que a relação dos indivíduos com a rede, tem se tornado necessária para a realização de atividades do dia a dia, bem como passaram a ser parte inseparável para o livre desenvolvimento da personalidade e efetivo exercício da cidadania.

Para o exercício da cidadania digital, dentre outros, são indispensáveis o acesso às TICs e uma educação voltada para a *internet*, pois sem isto o desenvolvimento da personalidade e o próprio exercício da cidadania é prejudica, visto que na prática a ausência do acesso e da educação voltada para o digital, simboliza recusar ao indivíduo ferramentas importantes para ser parte da sociedade.

O sentimento de não pertencimento, o impedimento da sociabilidade e o sentimento de injustiças, ocasionam a ofensa à integridade psíquica dos indivíduos que vivem a margens digital, pois esses indivíduos são privados das facilidades proporcionadas pelas tecnologias, e além disso somam-se a outras fontes de desigualdade, quais sejam: a de classe, região, raça, gênero e outras mais.

Deste modo, possibilitar a esses grupos as ferramentas tecnológicas necessárias, ou seja, retirar da marginalidade digital esses indivíduos, significa na prática oferecer-lhes condições de exercer efetivamente o desenvolvimento da personalidade e da cidadania, pois na atualidade a inclusão digital, é em verdade uma inclusão social, visto que a concepção de cidadania perpassa pelas TICs, assim como o exercício dos direitos civis, políticos e sociais, o acesso à informação e a comunicação, e em especial o desenvolvimento da personalidade, são intermediados por essas ferramentas.

## REFERÊNCIAS

- BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. **Civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-17. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/504>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Traços de uma ética pós-moderna: a ética, a violência e os direitos humanos no século XXI. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 513-525, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Portugal: Imprensa Nacional, 2005.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.
- CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Zahar, 2003.
- CETIC.BR. **TIC domicílios 2019: Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros, 2020**. Disponível em: <https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2019/>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo: Moderna, 1984.
- COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. **Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea: uma análise teórica**. Editora UFABC, 2018.
- CUOGO, Francisco Coelho; MASKE, Daniele Cristine. Do industrialismo à cibercultura. **Maiêutica-Estudos Contemporâneos em Gestão Organizacional**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: [http://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/GESTAO\\_EaD/article/view/1244](http://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/GESTAO_EaD/article/view/1244). Acesso em: 01 abr. 2022.
- DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.
- ESTUPIÑÁN VILLANUEVA, Andrea et al. Participação Digital na construção de e-democracia e cidadania digital. **Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo-**

A cidadania no contexto das tecnologias da informação e comunicação: reflexões a partir dos direitos da personalidade e da inclusão digital e social

**RIDE**, v. 7, n. 13, p. 126-146, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-74672016000200126&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2007-74672016000200126&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 01 abr. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 22 fev. 2022.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; LADEIRA, Fernando. Cidadania digital ou ditadura algorítmica? Contradições do mundo digitalizado e os desafios da regulação. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 13, n. 31, 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2176>. Acesso em: 01 abr. 2022.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. 135 p. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>. Acesso em: 22 fev. 2022.

GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à integridade psíquica e o livro desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do V Congresso de Direito de Família**, Belo Horizonte: IBDFAM, 2005.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime, Carla Bressanezi Pinsky, (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LENHARDT, Augusto; FONTANA, Eliane. Políticas públicas de acesso à internet: a (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no país. In: Seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais. Santa Cruz do Sul**: UNISC, 2016. p. 1-18. Disponível em: <file:///D:/Downloads/14723-11718-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2022

MARSHALL, Thomas. **Cidadania, classes e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEDEIROS, Isabella Coelho. O ciclo da inclusão digital: social-digital-social. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 8, p. 75705-75714, 2021. Disponível em: <https://www.brazilian-journals.com/index.php/BRJD/article/view/33721>. Acesso em: 01 abr. 2022.

MENDES, Ovidio Jairo Rodrigues. Concepção de cidadania. 2010. Tese de Doutorado (Filosofia e Teoria Geral do Direito). **Universidade de São Paulo**. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13122010-163731/pt-br.php>. Acesso em: 01 abr. 2022.

MORAIS, Ingrid Agrassar. A construção histórica do conceito de cidadania: o que significa ser cidadão na sociedade contemporânea. In: **Anais do 11º Congresso Nacional de Educação**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2013. Disponível em: [https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2013/7598\\_5556.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2013/7598_5556.pdf). Acesso em: 01 abr. 2022.

NEVES, Barbara Barbosa. **Cidadania Digital?** Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica. In: Isabel Salema Morgado e António Rosas (Orgs.). **Cidadania Digital**. Covilhã: LabCom Books, 2010.

NUNES, Danilo Henrique. Sociedade da informação e cidadania digital. Dissertação (Mestrado em Direito). **Universidade de Ribeirão Preto** – UNAERP, Ribeirão Preto, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede.unaerp.br/handle/12345/398>. Acesso em: 27 mai. 2022.

PEREIRA, Danilo Moura; SILVA, Gislane Santos. As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, ano 7, nº 8, 2020. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1935>. Acesso em: 01 abr. 2022.

PERUZZO, Cícilia MK. Internet e democracia comunicacional: entre os entraves, utopias e o direito à Comunicação. In: MELO, José Marques de. **Direitos à comunicação na sociedade da informação**. São Paulo: Umesp, 2005.

PISCHETOLA, Magda. **Inclusão digital e educação**: a nova cultura da sala de aula. Editora Vozes Limitada, 2019.

QUONIAM, Luc; TREVISAM, Elisaide; FERRA JÚNIOR, Ari Rogério. Direito e novas tecnologias: a aplicabilidade dos Direitos Humanos no mundo online e a necessidade de efetivá-los na sociedade digital. **Revista Jurídica- UniCuritiba**, v. 4, n. 61, p. 866 – 890. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5100>. Acesso em: 22 fev. 2022.

RIBBLE, Mike. **Digital citizenship in schools**: Nine elements all students should know. International Society for Technology in Education, 2015.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. **Governo Eletrônico no Estado de São Paulo**. São Paulo: Série didática n. 7, 2003

SCHULTZ, Duane P. **Teorias da personalidade**: tradução da 11. ed. norte-americana/ Duane P. Schultz, Sydney Ellen Schultz; tradução Priscilla Lopes. 4. ed. São Paulo, SP: Cengage Learning, 2021.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Cidadania e redes digitais: Citizenship and digital networks. ed. 1. São Paulo: **Comitê Gestor da Internet no Brasil**: Maracá. Educação e Tecnologias, 2010.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7**, v. 15, n. 2, p. 127-138. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/810>. Acesso em: 24 mai. 2022.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/434/1/Livro%20Verde.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TOFFLER. A. **A Terceira onda**. Rio de Janeiro: Record; 1980.

UNESCO. **Assessing internet development in Brazil**, 2019. Disponível em: [Assessing\\_Internet\\_Development\\_in\\_Brazil.pdf](#) (cetic.br). Acesso em: 22 fev. 2022.

VINCE, Fernando Navarro; RIBEIRO, Daniela Menengoti. Tecnologias e liberdade de expressão: uma reflexão sobre a função dos direitos da personalidade na sociedade da informação. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, p. 235-250, 2020. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/76>. Acesso em: 22 fev. 2022.



# A LIBERDADE PRIVADA, O FEDERALISMO COOPERATIVO E O TERCEIRO SETOR COMO INSTRUMENTO PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL

**João Luis Nogueira Matias**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.  
joaoluismn@uol.com.br

**Letícia Nascimento**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.  
leticiaqnascimento@gmail.com

**RESUMO:** A liberdade privada é assegurada na Constituição brasileira. O federalismo cooperativo, também conhecido como federalismo de cooperação, é um modelo de organização político-administrativa em que há o compartilhamento de determinados poderes e competências entre os entes federativos para a execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. É o que ocorre, por exemplo, em relação à prestação do serviço educacional, atividade pública não exclusiva do Estado, passível de ser realizada por entidades privadas, incluindo aquelas pertencentes ao terceiro setor. O presente escrito tem por objetivo responder ao seguinte questionamento: no contexto da liberdade privada e do federalismo cooperativo brasileiro, como as parcerias com o terceiro setor podem contribuir para a prestação do serviço educacional? Para tanto, o trabalho está amparado em uma pesquisa qualitativa e teórica, de cunho bibliográfico acerca de serviços públicos, administração pública e terceiro setor. Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três partes. Em um primeiro momento, aborda-se acerca do federalismo cooperativo e do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, trata-se do terceiro setor e da prestação do serviço educacional, conferindo especial destaque à sua natureza jurídica. No terceiro e último tópico, cuida-se das parcerias realizadas entre os entes federativos e o terceiro setor para a prestação do serviço educacional. Ao final, conclui-se, que a realização de instrumentos jurídicos de parceria com o terceiro setor são consequências do federalismo cooperativo e podem contribuir para a efetivação do direito à educação.

**PALAVRAS-CHAVE:** liberdade privada; federalismo de cooperação; terceiro setor; direito à educação.

*Private freedom, cooperative federalism and the third sector as an instrument for the provision of educational service*

**ABSTRACT:** Private freedom is guaranteed in the Brazilian Constitution. Cooperative federalism, also known as cooperative federalism, is a model of political-administrative organization in which certain powers and competences are shared between federal entities for the execution of public policies and the provision of public services. This is what happens, for example, in relation to the provision of educational services, a public activity that is not exclusive to the State and can be carried out by private entities, including those belonging to the third sector. This paper aims to answer the following question: in the context of private freedom and cooperative federalism, how can partnerships between the State and the third sector contribute to the provision of educational services? Therefore, the work is supported by qualitative and theoretical research, of a bibliographical nature, about public services, public administration and the third sector. As for the structure, the work is divided into three parts. At first, it deals with cooperative federalism

A liberdade privada, o federalismo cooperativo e o terceiro setor como instrumento para a prestação do serviço educacional

and the right to education in the Brazilian legal system. Next, it deals with the third sector and the provision of educational services, giving special emphasis to its legal nature. In the third and last topic, the partnerships established between federal entities and the third sector for the provision of educational services are discussed. In the end, it is concluded that the realization of legal instruments of partnership with the third sector are consequences of cooperative federalism and can contribute to the realization of the right to education.

**KEYWORDS:** private freedom; cooperative federalism; third sector; right to education.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil assegura a liberdade privada, facultando aos particulares o exercício de atividades econômicas, entre as quais a prestação do serviço de ensino.

Demanda-se a universalização do ensino, o que torna mais importante a atuação do setor privado, inclusive pelo terceiro setor, somando-se aos esforços do setor público para a prestação dos serviços de ensino.

No âmbito do setor público, a descentralização, característica inerente ao federalismo, torna-se uma estratégia necessária à concretização do direito à educação universal, nos termos da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Permite-se que as autoridades locais, mais atentas e sensíveis à realidade de cada região, possam atuar de maneira efetiva para atender às necessidades da comunidade.

A estrutura organizacional do Estado brasileiro contempla a existência de três instâncias governamentais autônomas: a União, os estados e os municípios. Tal organização permite a cada um dos entes federativos a manutenção de certa autonomia e o exercício de suas próprias políticas, visando o bem-estar social.

No contexto do federalismo brasileiro, o poder e a responsabilidade compartilhados entre os entes federativos permitem o trabalho em conjunto para enfrentar desafios e resolver questões comuns. Essa organização, opõe-se à perspectiva de que cada membro da federação venha a atuar de maneira independente, ou até competitiva, em busca da garantia de direitos sociais, visando eventuais interesses políticos de seus representantes.

A CF/88 se apresentou como um importante marco a partir do qual a organização e a divisão de responsabilidades entre os entes federativos evidenciou a autonomia político-administrativa de cada um, de modo a atender às demandas sociais locais da maneira mais adequada.

No âmbito da prestação do serviço educacional, esse modelo de federalismo desempenha um papel relevante na busca por uma educação de qualidade, com o máximo padrão exigido pela redação constitucional. A organização de competências definida pela Constituição é fortalecida pelas diretrizes da educação nacional, delimitando a responsabilidade cabível a cada um dos agentes supracitados.

Com o objetivo de cumprir os ditames estabelecidos, os entes federativos podem atuar diretamente, de maneira autônoma, ou a partir de parcerias com o terceiro setor, parcela institucional da sociedade que possui fins de interesse público, mas que não compõe o aparato estatal. A busca por parcerias com organizações da sociedade civil, membros deste segmento, tem sido uma tendência para complementar e fortalecer a prestação do serviço educacional.

À vista disso, objetiva-se, com este escrito, responder ao seguinte questionamento: no contexto da liberdade privada e do federalismo cooperativo brasileiro, como as parcerias com o terceiro setor podem contribuir para a prestação do serviço educacional?

Para responder a tal questionamento, o presente artigo está amparado em uma pesquisa qualitativa e teórica, de cunho bibliográfico acerca de serviços públicos, administração pública e terceiro setor.

Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três partes. Em um primeiro momento, aborda-se acerca do federalismo cooperativo e do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, trata-se do terceiro setor e da prestação do serviço educacional, dando especial destaque à sua natureza jurídica. No terceiro e último tópico, cuida-se das parcerias realizadas entre os entes federativos e o terceiro setor para a prestação do serviço educacional.

## 1 O FEDERALISMO COOPERATIVO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O federalismo cooperativo, também conhecido como federalismo de cooperação ou federalismo colaborativo, é um modelo de organização político-administrativa em que há o compartilhamento de determinados poderes e competências entre os entes federativos para a execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Nesse sistema, a União, os estados, o distrito federal e os municípios trabalham em conjunto para enfrentar desafios e atuar em demandas comuns, ao invés de agirem de forma independente ou competitiva.

D’Albuquerque e Palotti afirmam que, não obstante a dificuldade de definir o conceito de federalismo e quais os seus impactos, é possível pensar em aspectos para descrevê-los como “um instrumento institucional de separação vertical de governos ou jurisdições em espaços territoriais sobrepostos”.<sup>1</sup>

Essa estruturação vertical permite que os entes federativos colaborem na elaboração e implementação de políticas públicas, assim como de serviços públicos, compartilhando responsabilidades e recursos. Ademais, são estabelecidos mecanismos de coordenação e cooperação para abordar questões de interesse comum, como a segurança, a saúde, a infraestrutura, o meio ambiente e a educação, objeto da presente pesquisa.

O fato é que os arranjos institucionais estabelecidos pela Constituição Federal que preveem a organização institucional do federalismo, implicam, inevitavelmente, na ideia de que há cooperação (e não necessariamente concorrência) entre os entes federativos para a execução de determinadas políticas sociais ou para a prestação de serviços públicos.

Sob a perspectiva cooperativa em prol da garantia de direitos, Bednar afirma que o federalismo deve ser compreendido como um “bem público”, capaz de proporcionar benefícios políticos, econômicos e militares.<sup>2</sup> Nesse sentido, apesar dos eventuais obstáculos à efetivação de direitos impostos pelo federalismo, é possível utilizar estrategicamente o modelo institucional por ele proposto para obter tais garantias de forma mais eficiente.

Sendo assim, pode-se utilizar o desenho político-administrativo disposto na Constituição com o objetivo de promover a referida eficiência, visando melhorar a equidade na prestação dos serviços educacionais e os resultados obtidos pelos beneficiários desse atendimento, dado que há ampla fundamentação teórica e jurídica para tal.

<sup>1</sup> D’ALBUQUERQUE, Raquel Wanderley; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Federalismo e execução dos serviços públicos de atendimento do governo federal: a experiência brasileira nas políticas sociais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 2021, p. 5.

<sup>2</sup> BEDNAR, Jenna. Federalism as a public good. *Constitutional Political Economy*, v. 16, p. 189-205, 2005, p. 202.

Evidencia-se esse aparato, em primeiro lugar, quando a CF/88 prevê que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único).<sup>3</sup> Essa diretriz constitucional conduz ao entendimento de que essa cooperação não é somente possível, como essencial para a materialização de determinados direitos.

O direito à educação, conforme esclarecido, está inserido na categoria de direitos sociais. E, no art. 205 da CF/88, é previsto como um direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.<sup>4</sup>

Com vistas ao cumprimento do dever a que se refere o art. 205, a colaboração no âmbito educacional é respaldada pelo conteúdo do art. 211, §4º, da CF/88, que estabelece que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão as formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”.<sup>5</sup>

De acordo com esse regime de colaboração, os municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental (anos iniciais) e na educação infantil, enquanto os estados e o distrito federal atuarão prioritariamente nos ensinos fundamental (anos finais) e médio (art. 211, §§2º e 3º, CF/88).<sup>6</sup>

À União, por outro lado, compete a organização do sistema federal de ensino e o dos Territórios, além de financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, distrito federal e municípios (art. 211, §1º, CF/88).<sup>7</sup>

Esta disposição está diretamente relacionada ao federalismo cooperativo, na medida em que reflete a ideia de colaboração entre os diferentes níveis de governo para garantir a igualdade de oportunidades educacionais, ressaltando a importância de haver um padrão mínimo de qualidade de ensino. O que se verifica é que, no federalismo cooperativo, a União desempenha um papel de liderança na organização do sistema educacional, estabelecendo políticas nacionais para a educação.

Tais diretrizes incluem a definição de metas educacionais, a elaboração de currículos e diretrizes pedagógicas e a promoção da igualdade de acesso à educação. Além disso, a União deve fornecer assistência técnica e financeira aos entes federativos, com o objetivo de equalizar as oportunidades educacionais em todo o país.

Adiante, em seu art. 214, a CF/88 determina que a lei estabelecerá o plano nacional de educação, que vigorará por dez anos, com o objetivo de articulá-lo em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam à: erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do País; estabelecimento

<sup>3</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>5</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>6</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>7</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.<sup>8</sup>

Já no âmbito infraconstitucional, tem-se as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, instituídas pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, também conhecida como LDB. Esta norma, ao tratar da organização da educacional nacional, em seu art. 8º, estabelece que “a União, os estados, o distrito federal e os municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino” e, ainda, determina que caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas, além de exercer função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.<sup>9</sup>

Depreende-se que, no sistema educacional brasileiro, a prestação do serviço educacional é descentralizada e compartilhada entre os entes federativos, em equilíbrio, a partir da divisão de responsabilidades inerente ao federalismo. Cada um deles, conforme exposto, é responsável por administrar e financiar suas próprias escolas, além de implementar políticas educacionais em consonância às diretrizes nacionais estabelecidas pela União.

A realidade é que, independentemente da incumbência de cada ente da federação no campo educacional, é certo que a prestação do serviço educacional é um dever do Estado, que deve realizá-lo de maneira gratuita, com o melhor padrão de qualidade possível. Nesse sentido, será abordado no tópico seguinte a questão da prestação do serviço educacional e como ele pode ser realizado pelo terceiro setor, mediante ato autorizativo unilateral.

## 2 O TERCEIRO SETOR E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL

Antes de adentrar no mérito da atuação dos membros integrantes do terceiro setor e como eles podem atuar em colaboração à efetivação do direito à educação, é necessária a compreensão acerca da natureza da prestação do serviço educacional, bem como o entendimento a respeito dos meios pelos quais ele pode ser realizado no Brasil.

Conforme esclarecido no tópico anterior, a Constituição Federal realizou destaque necessário aos chamados “direitos sociais”, dentre os quais estão o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, o transporte, ao lazer, à segurança e à previdência social. Uma vez positivados e incluídos em tal categoria, torna-se primordial a implementação de ações sociais, a construção de políticas públicas e a prestação de serviços públicos que estejam voltados ao atendimento da população e à concretização de tais direitos.

A garantia de acesso à educação, tido como um direito fundamental de natureza social, possui diretrizes para a sua efetivação detalhadas nos artigos 205 a 214 da CF/88. Para além da previsão constitucional, existem outros documentos jurídicos e dispositivos legais que regulam a sua implementação identificados, por exemplo, no Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966<sup>10</sup>, na Lei Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>11</sup> e no Plano Nacional da Educação<sup>12</sup>.

Observando-se essas normas, identifica-se o Estado como titular do dever de efetivação do direito fundamental à educação, sendo cabível a este a garantia aos seus beneficiários de

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. LDB. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

<sup>10</sup> O documento foi ratificado pelo Brasil em 1991 e promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>11</sup> Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

<sup>12</sup> Aprovado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.

acesso e permanência na escola, com gratuidade e elevado padrão de qualidade. É o que se verifica a partir da leitura do art. 208 da CF/88, a oferta do ensino, atividade não exclusiva do Estado, é livre à iniciativa privada, mediante cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Diante da previsão constitucional que possibilita a iniciativa privada a prestar o serviço educacional, gerou-se um intenso debate acerca da natureza jurídica de tal serviço, de modo que a temática chegou a ser objeto de debate no âmbito da Suprema Corte ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.266/BA, cujo relator foi o ministro Eros Grau.<sup>13</sup>

Naquela oportunidade, restou claro que os serviços educacionais, prestados pelo Estado ou por particulares, configuram serviço público não privativo do Estado. No entanto, em razão de sua natureza pública, as entidades educacionais privadas necessitam, rigorosamente, acatar as normas gerais de educação nacional e a legislação vigente.

Dado que livre à iniciativa privada, incidirão sobre a prestação do serviço educacional, os princípios da atividade econômica previstos no art. 170 do mesmo texto, ainda que se trate de um serviço cuja natureza jurídica é pública, conforme esclarecido. E por esta razão, como versa Assis, é necessário que as instituições de ensino privadas observem as normas gerais da educação nacional e estejam autorizadas por meio de um ato administrativo autorizativo.<sup>14</sup>

Deste modo, o debate acerca da prestação do serviço educacional ultrapassa a esfera do Direito Constitucional, sobretudo quando realizada por organizações privadas, recaindo sobre o Direito Administrativo, inclusive quando prestadas por entidades que não possuem finalidade lucrativa. Estas entidades estão incluídas no chamado “terceiro setor” e podem exercer suas atividades em parcerias com os entes federativos.

Embora não haja menção específica ao termo “terceiro setor” no ordenamento jurídico, esse grupo assume relevância significativa ao exercer as suas atividades em consonância aos ditames do Estado Democrático de Direito, na medida em que opera atuando em contribuição à promoção do bem-estar social e redução das desigualdades sociais existentes.

O terceiro setor pode ser caracterizado como um setor híbrido, o qual simultaneamente guarda aspectos públicos e privados. Desta maneira, as organizações que a ele pertencem são aquelas constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, destinadas a alcançar fins públicos de diversas naturezas: como na área de educação, saúde, assistência social, proteção à infância e ao meio ambiente.

O termo, original da língua inglesa, *third sector*, foi utilizado pela primeira vez por pesquisadores estadunidenses na década de 1970 e tem sido difundido desde então. Coelho afirma que o termo representa uma alternativa para sanar desvantagens tanto do mercado, voltado à maximização do lucro a qualquer custo, quanto do Governo, limitado por uma burocracia manifestamente inoperante.<sup>15</sup>

Boaventura de Sousa Santos, por outro lado, atribui o fenômeno ocorrido em meados de 1970 ao “ressurgimento” do terceiro setor. Para o autor, o surgimento do movimento como é

---

<sup>13</sup> STF - ADI: 1266 BA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 06/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/09/2005.

<sup>14</sup> ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. **Direito à educação**: aspectos constitucionais, 2009, p. 186.

<sup>15</sup> COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000, p. 58.

caracterizado contemporaneamente, remonta à Europa do Século XIX, em que as cooperativas e mutualidades consolidaram intervenções importantes no domínio da proteção social.<sup>16</sup>

No Brasil, a história da educação beneficente está profundamente relacionada à história do próprio direito à educação, dado que o terceiro setor, desde a sua origem, guarda aspectos de reparação de desigualdades sociais.<sup>17</sup> Sendo assim, a educação sempre se apresentou como um dos eixos de transformação social nos quais o setor atua.

Atualmente, o país conta com instituições filantrópicas de educação básica em todos os estados da federação<sup>18</sup>, o que revela a conexão entre o cenário educacional brasileiro e o desempenho do setor no país.

A despeito de sua origem, assume-se, para fins do presente trabalho, a representação de um modelo tripartite de sociedade, a qual está dividida entre: Estado, mercado e sociedade civil organizada, denominadas primeiro, segundo e terceiro setores, respectivamente.<sup>19</sup> De acordo com Grau, a noção de pluralidade democrática está baseada neste modelo<sup>20</sup>, o que reflete a sua compatibilidade com os fundamentos constitucionais vigentes.

Quando se faz referência às organizações do terceiro setor, uma das principais características apontadas é o objetivo de atingir a um fim social e de interesse público. Entretanto, o mero fato de essas entidades prestarem um serviço público não é suficiente para caracterizá-las dessa forma, uma vez que, em primeiro lugar, é bastante amplo o espectro de atividades a serem desenvolvidas em prol da comunidade. Em segundo lugar, existem outras organizações que prestam serviços de interesse público e estão fora do terceiro setor, como agências governamentais e até mesmo empresas privadas.

Sendo assim, para que se possa afirmar que determinada instituição pertence ao referido setor, essa característica deve estar sempre associada a outras duas: serem privadas, o que as diferencia das instituições do governo, e sem fins lucrativos, o que as diferencia das empresas privadas.<sup>21</sup>

A ausência de finalidade lucrativa, atributo inerente às organizações do terceiro setor, é objeto de críticas contundentes. Montañó realiza uma análise crítica ao padrão emergente de intervenção social de tais entidades, especialmente quando são identificadas como braços assistenciais de empresas maiores. O autor afirma que estas possuem finalidade econômica ainda que indireta, fazendo referência à isenção de impostos ou à função propagandística.<sup>22</sup>

Entretanto, é preciso esclarecer que os atos constitutivos das entidades sem fins lucrativos vinculam os seus *superávits* à própria organização. Ainda que estejam relacionadas em razão do

<sup>16</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. In: Seminário Internacional Sociedade e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997, p. 7.

<sup>17</sup> PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>18</sup> IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa das Organizações da Sociedade Civil**, 2023. Disponível em: <https://www.mapaosc.ipea.gov.br/base-dados.html>. Acesso em: 28 mai 2023.

<sup>19</sup> Para fins de elucidação, é importante destacar que se discute, atualmente, a existência de um “quarto setor”, que seriam entidades híbridas, criadas com o objetivo de solucionar problemas sociais, porém, com finalidade lucrativa, conforme se pode verificar no trabalho de Carlos Jurado: *“The fourth sector: creating a for-profit social enterprise sector to directly combat the lack of social mobility in marginalized communities”*.

<sup>20</sup> GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.51.

<sup>21</sup> COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000. p. 60.

<sup>22</sup> MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social**. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 55-56.

A liberdade privada, o federalismo cooperativo e o terceiro setor como instrumento para a prestação do serviço educacional

nome ou por meio de seus constituidores a uma empresa privada não implica que não possam auferir rendimentos com o exercício de suas atividades, mas que qualquer ganho deve ser obrigatoriamente revertido para o funcionamento e continuidade da própria organização.<sup>23</sup>

Di Pietro assevera que as entidades pertencentes ao terceiro setor “em regra, não desempenham serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público; trata-se dos chamados serviços sociais não exclusivos do Estado”<sup>24</sup>, de modo que as referidas entidades não o representam, mas exercem suas atividades em colaboração com este.

Conforme esclarecido, quando organizações privadas não são detentoras de finalidade lucrativa, pertencem ao terceiro setor. Este segmento pode atuar em colaboração com o Estado, dado que as entidades que a ele pertencem também podem prestar serviços de natureza educacional, seja por meio de políticas públicas educacionais, seja por meio de celebração de instrumentos com o Poder Público, como será explicitado a seguir.

### 3 AS PARCERIAS ENTRE O TERCEIRO SETOR E OS ENTES FEDERATIVOS PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL

No que tange ao serviço educacional, é pacífica a ideia de que, no Brasil, o direito à educação tem sido ofertado de maneira insuficiente pelo Estado, sobretudo no que se refere à educação escolar.<sup>25</sup> Essa realidade pode ser evidenciada em diversas etapas de ensino, independentemente do ente federativo responsável pela prestação do serviço.

No âmbito da educação básica, além da baixa oferta de vagas, questões como a não alfabetização na idade certa, *déficits* de aprendizado no ensino fundamental e evasão escolar no ensino médio são fatores que têm contribuído para a limitação desse direito, especialmente quando oferecido a indivíduos em situação de vulnerabilidade social.<sup>26</sup>

A CF/88 estabelece ainda, como forma de garantia desse direito, diretrizes para implementação da educação básica<sup>27</sup> a qual é obrigatória dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos e deve ser fornecida gratuitamente para todos, ainda que não estejam em idade considerada adequada. Para cumprimento de tal demanda, os entes federativos podem celebrar instrumentos contratuais com as entidades do terceiro setor. Trata-se de uma alternativa para o cumprimento das responsabilidades conferidas aos entes federativos pela organização político-administrativa estabelecida pela CF/88.

Logo, o Estado enquanto detentor preponderante da função de garantidor do direito à educação por meio da prestação do ensino, necessita traçar estratégias para repensar em como ocorre a prestação do serviço educacional escolar, por meio de seus entes federativos.

---

<sup>23</sup> NASCIMENTO, Queiroz Letícia. **Terceiro setor, parcerias e a responsabilidade social ambiental**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021, p. 46.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

<sup>25</sup> DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, p. 691-713, 2007.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Educação Básica no Brasil. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 13, n. 41, p. 117-155, 2019, p. 148.

<sup>27</sup> Conforme estabelecido pelo art. 4º das diretrizes e bases da educação nacional, regulamentada pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a educação básica é organizada em: pré-escola; ensino fundamental; ensino médio.

Verifica-se, portanto, um terreno fértil para a atuação do terceiro setor, cuja capacidade de mobilização de recursos humanos e materiais para atendimento de demandas sociais, de interesse público, que o Estado não consegue atender de maneira satisfatória, é bastante significativa.<sup>28</sup>

O art. 213 da CF/88, por sua vez, determina que os recursos públicos<sup>29</sup> serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que comprovem a ausência de finalidade lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação ou que assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola da mesma natureza ou ao Poder Público, no caso do encerramento de suas atividades. Desta maneira, não há impedimento para que esse serviço público seja prestado por uma entidade sem finalidade lucrativa.

De acordo com o que dispõem Peroni *et al*, a partir de elaborações teóricas acerca do neoliberalismo e da terceira via, que determinaram reconfigurações entre o público e o privado, estabelecendo novas relações no campo das políticas sociais e, sobretudo, da política educacional. Segundo as autoras, esse processo se materializou por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, tomando como um dos mecanismos de atuação a efetivação das parcerias entre o terceiro setor e os sistemas públicos de ensino.<sup>30</sup>

Conforme esclarecido, as organizações do terceiro setor, entidades privadas que não são detentoras de finalidade lucrativa, também podem prestar serviços de natureza educacional, seja por meio de políticas públicas educacionais, seja por meio de celebração de instrumentos com o Poder Público.

Atualmente, esses instrumentos estão regulados pela Lei 13.0191 de 13 de julho de 2014, também conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, ou simplesmente MROSC. Ainda, são necessários na medida em que as organizações do terceiro setor, muitas vezes estão mais atentas às necessidades locais, porém não possuem recursos o suficiente para fomento de suas atividades educacionais.

Segundo a referida norma, essas parcerias podem ocorrer em regime de mútua cooperação, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação com organizações da sociedade civil.

A referida “colaboração” com o Estado a que o terceiro setor se propõe, não implica necessariamente a celebração de instrumentos jurídicos entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor. No entanto, a atuação social própria deste segmento, ao promover o bem-estar social, inevitavelmente coopera com o Estado, ainda que não possua vínculos formais com este, previstos na legislação vigente.

No entanto, tratando-se do cumprimento das diretrizes da educação nacional, visando o cumprimento dos ditames do federalismo cooperativo, a formalização de tais parcerias podem

<sup>28</sup> PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 83.

<sup>29</sup> §1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

<sup>30</sup> PERONI, Vera Maria Vidal; OLIVEIRA, Regina Tereza Cestari de; FERNANDES, Maria Dilméia Espíndola. Estado e terceiro setor: as novas regulações entre o público e o privado na gestão da educação básica brasileira. **Educação & Sociedade**, v. 30, p. 761-778, 2009, p. 774.

A liberdade privada, o federalismo cooperativo e o terceiro setor como instrumento para a prestação do serviço educacional

apresentar contribuições significativas para a prestação do serviço educacional de maneira descentralizada.

Essa descentralização, de acordo com Carvalho Filho, é fato administrativo que traduz a transferência na execução do serviço público, sem, contudo, transferir a responsabilidade de sua prestação para terceiros.<sup>31</sup>

A partir da realidade do regime federativo de cooperação, o serviço educacional público permanece sob a titularidade dos entes federativos determinada pela Constituição Federal. O que ocorre com a concretização das parcerias ora estudadas é a execução descentralizada e ampliada do serviço público à educação.

Essas parcerias podem significar a redução de custos para os entes federativos que, não precisam, necessariamente, estruturar uma instituição de ensino para prestar o serviço educacional à comunidade local. Pelo contrário, além da estrutura, as organizações da sociedade civil que atuam na área da educação possuem expertise e gestão voltadas à efetivação do direito à educação.

Necessita-se, conforme dispõe Di Pietro, de instrumentos de formalização com o Poder Público (nesse caso, a partir da iniciativa de representantes dos entes federativos) como termo de parceria, convênio, contratos de gestão ou outros instrumentos congêneres.<sup>32</sup>

Os vínculos jurídicos estabelecidos entre as entidades privadas sem finalidade lucrativa e os entes federativos permitem a vinculação de termos de prestação de contas com a administração pública. Trata-se, portanto, de uma maneira pela qual os entes federativos (estados, distrito federal e municípios) podem dar cumprimento ao seu dever de prestar o serviço educacional, de maneira indireta.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das discussões apresentadas, é possível concluir, em primeiro plano, que, embora a responsabilidade pela prestação do serviço educacional esteja atribuída aos entes federativos, a União desempenha um papel complementar na área educacional. Este ente pode oferecer assistência técnica e financeira aos estados, municípios e ao distrito federal, visando à cooperação e ao fortalecimento do sistema como um todo, sem afetar a estrutura do federalismo.

O estabelecimento de vínculos jurídicos entre os entes federativos e as entidades educacionais pertencentes ao terceiro setor não descaracteriza o regime jurídico de direito privado dessas organizações, tampouco a natureza pública do serviço educacional prestado. Ao contrário, a prestação do serviço educacional por meio de tais entidades ampliam o alcance e a cobertura do atendimento conforme as competências estabelecidas pelo federalismo cooperativo evidenciado na realidade brasileira.

Cuida-se de uma forma alternativa para a prestação do serviço educacional, cuja natureza é eminentemente pública, conforme esclarecido, livre à iniciativa privada. Ainda que ausentes de finalidade lucrativa, as organizações do terceiro setor podem prestar serviço educacional, de maneira direta ou a partir da celebração de vínculos jurídicos com o Poder Público.

---

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Barueri: Atlas, 37 ed, 2023, p. 263.

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 326.

Trata-se, portanto, de uma convergência de interesses, que implica na contribuição das entidades do terceiro setor para a efetivação das diretrizes estabelecidas pelo federalismo cooperativo. Frise-se, por oportuno, que a execução do serviço público de maneira indireta não implica na abdicação da responsabilidade do Estado, tampouco dos entes federativos de maneira isolada.

Ao contrário, a perspectiva cooperativa do federalismo implica no compartilhamento de responsabilidades e do cumprimento do poder-dever de prestar o serviço público educacional, ainda que de maneira indireta, por meio da celebração de parcerias com o terceiro setor.

## REFERÊNCIAS

BEDNAR, Jenna. Federalism as a public good. **Constitutional Political Economy**, v. 16, p. 189-205, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. LDB. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Barueri: Atlas, 37 ed, 2023.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

D'ALBUQUERQUE, Raquel Wanderley; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Federalismo e execução dos serviços públicos de atendimento do governo federal: a experiência brasileira nas políticas sociais. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, p. 691-713, 2007.

GONÇALVES, Fernando de Gonçalves; RAMOS, Marília Patta. Sucesso no campo escolar: condicionantes para entrada na universidade no Brasil. **Educação & Sociedade**. v. 40, 2019.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa das Organizações da Sociedade Civil**, 2023. Disponível em: <https://www.mapaosc.ipea.gov.br/base-dados.html>. Acesso em: 28 mai 2023.

MÂNICA, Fernando. **Fundamentos de Direito do Terceiro Setor: um guia para compreender o conceito, a origem e o regime jurídico das entidades sem fins lucrativos no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NASCIMENTO, Queiroz Letícia. **Terceiro setor, parcerias e a responsabilidade social ambiental**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021.

A liberdade privada, o federalismo cooperativo e o terceiro setor como instrumento para a prestação do serviço educacional

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERONI, Vera Maria Vidal; OLIVEIRA, Regina Tereza Cestari de; FERNANDES, Maria Dinéia Espíndola. Estado e terceiro setor: as novas regulações entre o público e o privado na gestão da educação básica brasileira. **Educação & Sociedade**, v. 30, p. 761-778, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado.** In: Seminário Internacional Sociedade e Reforma do Estado. Brasília: MARE, 1997.

# A AUTONOMIA PRIVADA FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DO *CAPABILITY APPROACH* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**Anelize Pantaleão Puccini Caminha**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.

anelize@caminhaadvogados.com.br

**Resumo:** No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu especial proteção à família, como base da sociedade, e consagrando a liberdade como princípio constitucional fundamental. Não obstante, a legislação pátria ampara a intervenção estatal na autonomia privada familiar em defesa do interesse público. Para a análise da necessidade e adequação da atuação do Estado nessa seara, adota-se como referencial teórico o *capability approach*, desenvolvido por Martha Nussbaum e Amartya Sen. Consoante a lição desses doutrinadores, a liberdade de um indivíduo depende não só do incremento de rendas pessoais, como, também, de disposições sociais e econômicas e de direitos civis. Nessa perspectiva, a autonomia privada encontra limites no desenvolvimento das capacidades individuais dos membros da família, incumbindo ao Estado garantir a todos liberdades para se associarem e definirem suas próprias regras de convívio, e, ao mesmo tempo, assegurar condições mínimas para que possam efetivamente se desenvolverem.

**Palavras-chaves:** Autonomia privada familiar. *Capability approach*. Direito de família. Direito de liberdade. Família. Intervenção estatal.

*Family private autonomy from the perspective of the capability approach in the Brazilian legal system*

**Abstract:** In Brazil, the Federal Constitution of 1988 gave special protection to the family, as the basis of society, and enshrining freedom as a fundamental constitutional principle. Nevertheless, the national legislation supports state intervention in private family autonomy in defense of the public interest. For the analysis of the need and adequacy of the State's performance in this area, the *capability approach*, developed by Martha Nussbaum and Amartya Sen, is adopted as a theoretical framework. Depending on the lesson of these indoctrinators, the freedom of an individual depends not only on the increase in incomes as well as social and economic provisions and civil rights. In this perspective, private autonomy finds limits in the development of the individual capacities of family members, and the State is responsible for guaranteeing everyone freedom to associate and define their own rules of coexistence, and, at the same time, ensure minimum conditions so that they can effectively develop.

**Keywords:** Private family autonomy. *Capability approach*. Family law. Right to freedom. Family. State intervention.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, será analisada a autonomia privada familiar, sob a perspectiva da teoria do *capability approach*, no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é identificar as situações em que a intervenção estatal no espaço reservado à autodeterminação sobre a vida privada afronta, limita ou impede o desenvolvimento dos membros da família, a partir da premissa de que, para o crescimento e o amadurecimento individual, é indispensável que haja liberdade.

A escolha pela abordagem do tema, à luz da legislação brasileira, é motivada pela existência de inúmeras situações de ingerência estatal na esfera das relações interpessoais de cunho familiar, com subtração da liberdade necessária ao desenvolvimento das capacidades individuais.

Para o efetivo desenvolvimento dos atores familiares, é necessária a regulamentação dos direitos sociais básicos fundamentais, com a definição e execução de políticas públicas, porém se deve permitir que as relações privadas se desenvolvam de forma livre.

Neste sentido, serão analisadas algumas situações em que o Estado interfere nas escolhas familiares de forma a não permitir ou dificultar a expansão das capacidades individuais. Na primeira parte do presente trabalho será analisada a autonomia privada familiar no direito brasileiro com base nas mudanças implementadas pela Constituição Federal de 1988. Na segunda parte do texto será desenvolvida a teoria no *capability approach* sob a perspectiva do direito de família brasileiro. Em seguida serão apresentadas as conclusões.

## 1 A AUTONOMIA PRIVADA FAMILIAR

A família é um instituto constituído há aproximadamente 4.600 anos, antes mesmo de sua positivação jurídica. Surgiu com a organização de indivíduos com ancestrais em comum ou ligados por laços afetivos<sup>1</sup>, e consiste em uma união de liberdade e responsabilidade e deve ser consolidada na comunhão de vida, na colaboração e na simetria<sup>2</sup>.

A regulamentação das relações familiares foi desenvolvida ao longo dos séculos, em virtude da necessidade de se estabelecer regras para pessoas pertencentes a uma mesma família, tanto na esfera patrimonial como na extrapatrimonial. Nessa seara, a autonomia privada – como expressão da liberdade humana no campo do Direito Privado e um dos pilares do Estado Democrático de Direito – contrapõe-se à intervenção estatal. Conquanto a existência de um espaço mínimo para a livre atuação do indivíduo seja essencial ao pleno desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades dentro da sociedade<sup>3</sup>, a existência de uma autonomia real depende da instituição de um poder capaz de coordenar a dinâmica dos segmentos sociais (e da própria família) e implementar decisões que visem à realização de determinados fins gerais (mínimo de ordem e estímulo ao máximo progresso).

Para Daniel Sarmiento, a autonomia privada é o poder que a pessoa tem de regular os seus próprios interesses nas relações privadas, o que pressupõe a liberdade de guiar suas próprias escolhas, desde que não viole direitos de terceiros e, tampouco, valores relevantes da comunidade<sup>4</sup>. Contudo, a liberdade de autorregulação como fato social não se coaduna com manifestação de vontade ampla e ilimitada<sup>5</sup>, porque o ser humano faz parte de uma sociedade e os seus direitos devem ser exercidos levando em consideração as balizas constitucionais e uma função social. A partir desse novo paradigma, estabelece-se uma nova tensão entre autonomia privada e intervenção estatal.

---

<sup>1</sup> BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Vol. 1. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-2

<sup>3</sup> RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da Autonomia Privada no Direito Sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.1

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188.

<sup>5</sup> MAILLART, Adriana da Silva, SANCHES, Samyra Dal Farra Nasponini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan./jun. 2011. P. 29.

A rigor, não se discute sobre a possibilidade de ingerência do Estado, mas, sim, os limites a ela oponíveis, a fim de evitar invasão indevida. Se, por um lado, a liberdade não pode ser analisada exclusivamente pelo prisma individual<sup>6</sup>; por outro, é preciso considerar que a intervenção estatal não é ilimitada, sob pena de esvaziar a própria autonomia privada.

Na esteira dessa evolução, foi promulgada, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, que promoveu alterações significativas em diversos aspectos do Direito de Família, com o reconhecimento de diferentes formas de arranjo familiar, da isonomia entre os filhos e da igualdade entre homens e mulheres. O legislador constituinte definiu que a família – como entidade protegida pelo Estado – é formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo se originar de casamento civil, união estável ou monoparentalidade<sup>7</sup>. Todavia, não excluiu outras configurações – oriundas de relações estabelecidas entre irmãos, madrasta e enteado, primos, tio e sobrinho, entre outros –, que, embora não estejam listadas no texto constitucional, merecem a tutela estatal, por emergirem da realidade fática e cumprirem as funções de uma autêntica família<sup>8</sup>.

A Constituição Federal também consagrou, em seu artigo 1º, inciso III<sup>9</sup>, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e, no artigo 5º, *caput* e inciso I<sup>10</sup>, a liberdade e a igualdade como vetores do princípio democrático. Tais diretrizes inspiraram inúmeras outras normas constitucionais, inclusive no campo das relações familiares, especialmente as que versam sobre os direitos ao planejamento familiar, à vida, à saúde, à liberdade, à alimentação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, e a que prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado, sem qualquer distinção, assegurar tais direitos à criança e ao adolescente (artigos 226, *caput*, e 227, *caput*, da Constituição Federal<sup>11</sup>).

Sob o influxo dessas inovações constitucionais, o Código Civil brasileiro estabeleceu, em seu artigo 1.513<sup>12</sup>, que não pode haver intervenção na comunhão de vida instituída pela família, consagrando o princípio da liberdade ou da não intervenção do Estado na autonomia privada familiar. Em contrapartida, prescreveu normas cogentes que visam à tutela dos interesses da própria família, sem comprometer a esfera de autodeterminação individual imune à interferência do poder político, a partir da premissa de que, para viver em sociedade, as pessoas precisam observar certas regras de convivência pacífica.

<sup>6</sup> MAILLART; SANCHES, 2011. P.30.

<sup>7</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 82.

<sup>8</sup> MADALENO, p. 83.

<sup>9</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 1º Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”

<sup>10</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”

<sup>11</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)”. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)”

<sup>12</sup> Código Civil de 2002: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Além disso, incumbe ao Estado proteger a família (artigo 226, *caput*, da Constituição Federal<sup>13</sup>), e, para alcançar esse desiderato, deve intervir pontualmente nessa esfera da vida privada. Evidentemente, a ingerência em seara particularmente sensível das relações humanas pode gerar conflitos de interesses e discussões acerca dos limites oponíveis à ação estatal.

Segundo Flávio Tartuce, ao escolher com quem irá se relacionar, namorar, noivar ou casar, o indivíduo deve agir com liberdade (autonomia privada familiar). Ressalva, contudo, que o verdadeiro significado do citado artigo 1.513 do Código Civil é que o Estado ou o ente privado não poderá intervir de forma coativa, porém não impede que, por meio de políticas públicas, possa haver o incentivo ao planejamento familiar ou o controle da natalidade pelo Estado, por exemplo<sup>14</sup>, com fundamento no princípio consagrado no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Atualmente, a entidade familiar vivencia um processo emancipatório de seus componentes, visando à realização de suas personalidades e o crescimento de seus membros, mediante disputa de espaços próprios. O objetivo é o desenvolvimento de pessoas úteis para a sociedade<sup>16</sup>, promovendo o efetivo crescimento de cada um dos membros da família.

Nesse contexto, para uma real avaliação do impacto da conduta do ser humano, é necessário discernimento e condições mínimas para o desenvolvimento pessoal, o que, não raras vezes, reclama a intervenção do Estado, notadamente quando os seus membros não conseguem perceber, dimensionar e sopesar, de forma equitativa, todos os aspectos familiares.

Sob esse viés, a ingerência estatal deve se ater às influências sociais, para determinar o alcance das liberdades individuais e assegurar sua expansão<sup>17</sup>. Os indivíduos são influenciados, de um lado, pela garantia de liberdades, tolerância e possibilidade de troca e transações, e, de outro, pelo apoio nos serviços básicos com o fornecimento de facilidades para o desenvolvimento das capacidades humanas (como saúde e educação)<sup>18</sup>. A atuação do Estado é essencial para a consecução desse desiderato, porém não pode inibir ou cercear a liberdade dos indivíduos de realizarem as próprias escolhas.

O melhor interesse da criança e do adolescente é um dos limites à intervenção estatal, na medida em que impõe a promoção de condições mínimas para o desenvolvimento das capacidades individuais e efetiva autonomia, com vistas à inclusão social (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal<sup>19</sup>).

Outros referenciais que legitimam a atuação do Estado é o combate à violência doméstica (física ou psíquica)<sup>20</sup> e a ausência de discernimento em membros da família (p.ex. pessoa com deficiência mental grave), ante a necessidade de coibir o abuso de poder. No entanto, se não restar configurada situação de assimetria ou violência, e as pessoas envolvidas possuírem discernimento mental completo e autonomia para optar de que forma desejam se relacionar, a intervenção estatal no seio familiar poderá ser excessiva e ilegítima. A autonomia privada só é efeti-

---

<sup>13</sup> Ver nota n.º 11 supra.

<sup>14</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. vol. 14 ed. 5. Rio de Janeiro: Forense, p. 50/51.

<sup>15</sup> Constituição Federal de 1988.

<sup>16</sup> MADALENO, p. 94.

<sup>17</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 62.

<sup>18</sup> SEN, 2010, p. 63.

<sup>19</sup> Constituição Federal de 1988.

<sup>20</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 226 (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

vamente assegurada quando há liberdade para os indivíduos autorregularem suas relações privadas como fato social, definindo, inclusive, como desenvolverão o seu benefício econômico e exclusivo<sup>21</sup>.

O artigo 122 do Código Civil brasileiro prescreve que todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes são lícitas, sendo vedadas as que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes<sup>22</sup>. Extrai-se do preceito legal que as partes podem regular suas relações negociais, desde que não haja violação a direito de outrem ou à lei.

No direito de família, diversas questões são definidas em negócios jurídicos, como o casamento, a união estável, o reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicial, o pacto antenupcial, o testamento, dentre outros. Existem, contudo, outras que não podem ser resolvidas por esse meio, como as relacionadas à educação e à saúde. Nessas áreas, a discussão em torno dos limites da intervenção estatal é mais crítica, porque coloca em choque deveres instrumentais que a legislação atribuiu tanto à família quanto ao Estado.

Há situações fático-jurídicas que suscitam controvérsias. A título exemplificativo, mencione-se a declaração judicial de paternidade afetiva *post mortem*, em face da impossibilidade de uma das partes interessadas manifestar-se sobre a existência ou não de vínculo afetivo com a outra. A filiação socioafetiva *post mortem* foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial 1.500.999/RJ<sup>23</sup>, ao fundamento de que basta a posse do estado de filho e a publicidade da relação para que se estabeleça o parentesco, independentemente de declaração de vontade do genitor.

A autonomia da vontade sofre interferência no ponto relatado acima ao promover o reconhecimento de um fato dotado de efeitos jurídicos importantes – reconhecimento da paternidade – a partir de premissas fático-probatórias que desconsideram a vontade do *de cujus*. Tivesse ele o desejo de criar um vínculo semelhante teria emitido um ato de vontade através da adoção, por exemplo. Assim, o reconhecimento a posteriori do estado de filho a partir de critérios das mais variadas ordens, acaba subtraindo dos seres humanos em geral, concededores de julgamentos como esses, a vontade de criar vínculos de amizade e afeto que possam posteriormente ser indevidamente interpretados como uma vontade diversa daquela que tais vínculos efetivamente pretendiam.

<sup>21</sup> MAILLART, SANCHES, 2011. p. 12.

<sup>22</sup> Código Civil de 2002: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes.”

<sup>23</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". 2. A comprovação da inequívoca vontade do **de cujus** em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. 6. Recurso especial não provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016) Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2018\\_250\\_2\\_capQuarta-Turma.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2018_250_2_capQuarta-Turma.pdf) Acesso em: 31 jan. 2020.

Outros temas polêmicos são a obrigatoriedade de inclusão de pessoas com deficiência em todas as escolas públicas e privadas e o *homeschooling* em que a liberdade da família de promover a educação que julga melhor para os filhos é confrontada com políticas públicas definidas pelo Estado, a serem implementadas na área da educação, com fundamento nos artigos 205 e 227 da Constituição Federal<sup>24</sup>.

Destaca-se que no Brasil o direito ao *homeschooling* não foi positivado, neste sentido, foi analisada a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e se entendeu que o direito ao ensino domiciliar inexistente na legislação brasileira, conforme o Tema 822<sup>25</sup>.

Neste caso, houve a supressão do direito de a família educar seus filhos conforme seus valores éticos e morais. Veja-se que não se tratou de uma hipótese onde a família se negava a promover a educação dos filhos, mas onde se pretendia promover a educação no âmbito familiar, em condições tão boas ou até melhores que o ensino público ou privado formal. Trata-se de um conflito entre a educação fornecida pelo Estado, que permite ao estudante experiências e convivência com diferentes perspectivas e promover o debate de ideias, versus um modelo de educação fornecida pela família que visa preservar a individualidade dos seus filhos e promover uma educação especializada ao invés da massificada, que melhor atenda a singularidade daquele indivíduo. Em certa medida, estes invocam o seu direito democrático de se ver livres de interferências do Estado no nível familiar e individual.

---

<sup>24</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)”.

<sup>25</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unchooling radical (desescolarização radical), unchooling moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

Ainda podemos acrescentar a declaração de união estável pelo Poder Judiciário, em que, ainda que não haja a manifestação expressa dos envolvidos, é possível o reconhecimento da união estável, mesmo que uma das partes já tenha falecido. Aqui a questão a se analisar é do relacionamento amoroso, que nem sempre tem o intuito de conjugalidade, pode ser reconhecido como união estável pelo Poder Judiciário independente da vontade de ambas as partes. Assim, diferente do casamento, em que há a necessidade de manifestação da vontade, neste caso ainda que a vontade de ambos não seja essa, poderá ser declarada a união estável.

Outra importante intervenção estatal na autonomia familiar é o direito à legítima, que é questionado por parte da doutrina, sendo apontado como uma restrição de autonomia do autor da herança. Isso ocorre, pois, a liberdade para testar é de apenas 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do proprietário, independente da vontade do autor da herança. Nesta circunstância, ainda o herdeiro tenha abandonado o autor da herança ou necessite de um cuidado específico, qualquer divisão diferente da legal não poderá ultrapassar o percentual da parte disponível da herança.

De outro lado existem situações que a intervenção do Estado no seio familiar se torna obrigatória, como nas situações em que há direito de vulneráveis sendo ameaçados, como casos em que envolvam direitos assegurados na Lei Maria da Penha ou em que é necessária a destituição do Poder Familiar. Assim, a fim de determinar em quais momentos será necessária a intervenção na autonomia familiar é importante observar a aplicação do *capability approach* dos envolvidos.

Em uma sociedade pluralista – do ponto de vista social, político, ético e ideológico<sup>26</sup> –, a solução de casos difíceis exige embasamento teórico consistente, que se extrai da doutrina de Amartya Sen e Martha Nussbaum, como será examinado no próximo capítulo.

## 2 A FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA DO *CAPABILITY APPROACH*

Em suas obras *Development as freedom*<sup>27</sup> e *Women and human development: the capabilities approach*<sup>28</sup>, Amartya Sen e Martha Nussbaum, respectivamente, desenvolveram a teoria do *capability approach*. Embora tenham construído suas bases em conjunto, cada um abordou o tema sob um enfoque específico. Sen enfatizou a perspectiva do desenvolvimento como liberdade, ao passo que Nussbaum discorreu sobre as capacidades mínimas para o ser humano atingir sua plenitude.

A partir da constatação de que a dimensão da riqueza não é um indicador preciso de desenvolvimento econômico e social, Sen propõe, em substituição aos critérios do PIB – Produto Interno Bruto e da renda *per capita*, um novo referencial, criado juntamente com Mahhub ul Haq, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que quantifica e qualifica o desenvolvimento, com base na avaliação de outras dimensões, como a educação, a expectativa de vida, dentre outros<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.”

<sup>27</sup> SEN, 2010.

<sup>28</sup> NUSSBAUM, Martha. **Women and Human Development: the capability approach**, Cambridge University Press, New York, 2000.

<sup>29</sup> SEN, 2010, p. 63.

A liberdade de um indivíduo depende não só do incremento de suas rendas pessoais como também de disposições sociais e econômicas e de direitos civis<sup>30</sup>. Nesse sentido, o desenvolvimento pessoal consiste na expansão das liberdades substantivas e de direitos, dentre eles, os relacionados à família.

Para Sen, as liberdades substantivas são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais<sup>31</sup>, pois as responsabilidades sobre as escolhas familiares dependem do meio em que a pessoa vive, do ambiente em que ela se relaciona com outras e de todos que estão ao seu redor. Sob a perspectiva das liberdades instrumentais, outros fatores adquirem relevância como as liberdades políticas, disponibilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança.

Em outros termos, as liberdades são tanto instrumentos como fins em si mesmas, de modo que a supressão ou limitação de uma pode impactar sobre outra, e assim sucessivamente. Logo, o pleno desenvolvimento de uma sociedade é capaz de gerar o implemento substancial das liberdades em todos os sentidos.

No contexto familiar, a autonomia privada deve ser respeitada e exercida com responsabilidade – uma pressupõe a outra. A pessoa não pode ser responsável por realizar algo se não houver liberdades substantiva e instrumental que lhe garantam a capacidade para fazê-la. Dito de outro modo, é necessário expandir capacidades para exercer a responsabilidade individual<sup>32</sup>.

As pessoas em geral sofrem influência de valores, costumes e características sociais, como a igualdade entre os sexos, a natureza dos cuidados dispensados aos filhos e o tamanho da família<sup>33</sup>. A expansão de liberdades permite que se tornam seres sociais mais completos, enriquecendo a vida social e política<sup>34</sup>; a sua negação constitui uma deficiência<sup>35</sup>. Graças à interpretação tácita, muitas vezes desigualdades extremas – como a discriminação da mulher – sobrevivem, sob o argumento de que não há outra alternativa. Nesse sentido, a existência de direitos civis básicos e de liberdades políticas, são indispensáveis para os valores sociais emergenciais<sup>36</sup>.

Entre os membros de uma família, são partilhadas as rendas auferidas por todos, tanto pelos que trabalham como pelos que não trabalham, resultando em uma unidade básica. A liberdade e o bem-estar dos indivíduos dependem da forma como essas rendas são divididas e utilizadas para a promoção dos interesses e objetivos das partes envolvidas na relação. Dessa forma, as regras distributivas constituem uma variável paramétrica crucial nas associações de realizações e oportunidades individuais<sup>37</sup>.

O “fazer” e o “ser” são consideradas funções da pessoa, enquanto o conjunto de liberdades ou aptidões para ser ou fazer alguma coisa são as capacidades que ela possui. A dimensão que permite ao ser humano valorar e decidir as suas ações é o *agency*, e o bem-estar de cada indivíduo é individualizado a cada pessoa<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> SEN, 2010, p. 16.

<sup>31</sup> SEN, 2010, p. 362.

<sup>32</sup> SEN, 2010, p. 362

<sup>33</sup> SEN, 2010. P. 11.

<sup>34</sup> SEN, 2010, p. 15.

<sup>35</sup> SEN, 2010, p. 16.

<sup>36</sup> SEN, 2010, p. 183.

<sup>37</sup> SEN, 2010, p. 100.

<sup>38</sup> SEN, 2010, p. 6.

A combinação de alternativas de funcionamento corresponde à “capacidade” de uma pessoa, e a liberdade substantiva para realizar essa combinação – inclusive a de escolher - é representada pelo conjunto capacitário. Entretanto, as realizações efetivas de uma pessoa são a combinação de funcionamentos<sup>39</sup>.

Nesse sentido, é necessário averiguar se há o efetivo conjunto capacitário para que a pessoa tenha a liberdade, dentro da família, para assumir responsabilidade sobre suas próprias escolhas, que, inclusive, podem resultar em não realizar algo que os outros membros desejam.

Sob esse enfoque, a autonomia privada encontra limites no desenvolvimento das capacidades individuais de cada integrante do grupo familiar, admitida a intervenção do Estado quando tais capacidades são subtraídas do indivíduo e na exata medida para assegurá-las.

Essa perspectiva é em parte inovadora e tem como embasamento a teoria do *capability approach*, na qual Martha Nussbaum descreve dez capacidades mínimas que todo ser humano precisa desenvolver para viver com dignidade na sociedade<sup>40</sup>.

Essa visão é reforçada por Gonçalves, que sustenta que a ideia do *capability approach* assegura um nível mínimo de capacidades humanas centrais, porque, para que cada indivíduo possa usufruir e contribuir para o processo de desenvolvimento geral, é indispensável o equilíbrio entre todos no atendimento de suas demandas<sup>41</sup>. Segundo o autor, a coletividade só alcança a prosperidade, se for assegurada aos indivíduos liberdade para realizarem suas próprias escolhas, incumbindo ao Estado remover as barreiras que possam impedir ou reduzir as capacidades indispensáveis para esse fim<sup>42</sup>. Enfatiza que Martha Nussbaum pretende criar, com base em um conjunto de direitos básicos essenciais, uma teoria da justiça<sup>43</sup>.

Nussbaum apresenta o “enfoque das capacidades”<sup>44</sup> como um guia mais sólido para o enfrentamento de questões jurídicas e relacionadas a políticas públicas, na medida em que fornece uma base filosófica para o desenvolvimento de garantias, fortalecendo o respeito pela dignidade humana, por todo e qualquer Estado. Por essa perspectiva, tanto a autonomia privada familiar quanto a intervenção estatal encontram limites no desenvolvimento das capacidades individuais.

Em defesa de valores universais, Nussbaum, apresenta três argumentos para embasar sua teoria: cultura, diversidade e paternalismo<sup>45</sup>.

No que tange à diversidade, sustenta que o mundo é rico, pois as pessoas em geral não concordam com as mesmas coisas e, tampouco, a objeção determina quais são os valores universais<sup>46</sup>. O que significa dizer que mesmo aqueles com plena capacidade cognitiva não compartilham valores comuns, merecendo especial proteção os indivíduos que não desenvolveram as capacidades humanas centrais básicas, que são:

<sup>39</sup> SEN, 2010, p.105.

<sup>40</sup> NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 84

<sup>41</sup> GONÇALVES, Oksandro. **A ordem econômica no Estado Democrático de direito e a teoria de Martha Nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. **RJLB**, Ano 4 (2018), n. 5. p. 225.

<sup>42</sup> GONÇALVES, 2018, p. 225.

<sup>43</sup> GONÇALVES, 2018, p. 226.

<sup>44</sup> NUSSBAUM, 2013. p. 93.

<sup>45</sup> NUSSBAUM, **Women and Human Development: the capability approach**, 2000. P. 41

<sup>46</sup> NUSSBAUM, **Women and Human Development: the capability approach**, 2000. P. 50

<b>Vida</b>	Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal e não morrer prematuramente, ou ter a própria vida tão reduzida que não valha a pena vive-la.
<b>Saúde física</b>	Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a reprodutiva, receber uma alimentação adequada e dispor de um lugar adequado para viver
<b>Integridade física</b>	Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar ao outro, estar protegido contra os ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica, e dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
<b>Sentidos, imaginação e pensamento</b>	Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico.
<b>Emoções</b>	Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos, amar aqueles que nos amam e se preocupam conosco, sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar e sentir pesar, saudades, gratidão e raiva justificada.
<b>Razão prática</b>	Ser capaz de formar uma concepção de bem e ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida.
<b>Afiliação</b>	Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação. Ser capaz de ser tratado como uma pessoa digna, cujo valor é igual ao dos outros, incluídas as disposições de não discriminação, com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.
<b>Outras espécies</b>	Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.
<b>Lazer</b>	Ser capaz de rir, brincar e exercer atividades recreativas.
<b>Controle sobre o próprio ambiente</b>	<i>Político.</i> Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida: ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação. <i>Material.</i> Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores <sup>47</sup> .

A ideia de um mínimo social básico centrada nas capacidades individuais – que devem ser perseguidas por todas as pessoas como um fim –, associada à de um nível mínimo de desenvolvimento para cada uma delas<sup>48</sup>, é o melhor referencial para a definição do que é essencial para a dignidade humana<sup>49</sup>, a ser assegurada por todo e qualquer ordenamento jurídico. Apresentadas

<sup>47</sup> NUSSBAUM, 2013. p. 84.

<sup>48</sup> NUSSBAUM, 2013. p. 85.

<sup>49</sup> NUSSBAUM, 2013. p. 84.

dessa forma no contexto de um pluralismo político, elas podem se tornar objeto de um consenso sobreposto entre pessoas que possuem concepções amplas e diferentes de bem.

Funções e capacidades são dois aspectos importantes para o bem-estar individual, portanto, a combinação de funções de cada indivíduo<sup>50</sup>. Nesse sentido, a sociedade e o Estado desempenham importante papel na promoção das condições econômicas, sociais e políticas que atuam, de forma determinante, para o fortalecimento e a proteção das capacidades individuais, podendo as políticas públicas potencializá-las<sup>51</sup>.

Ressalve-se, contudo, que, embora constitua dever do Estado assegurar direitos sociais básicos<sup>52</sup>, por meio de políticas públicas, essa missão não o autoriza a intervir ativamente na família. Isso porque, ao restringir a autonomia privada familiar, poderá cercear o livre desenvolvimento da pessoa, impedindo justamente a expansão de suas capacidades.

Nas situações de vulnerabilidade de membros da família, por ausência de discernimento suficiente ou exercício de força abusiva de um sobre o outro, é legítima a ingerência do Estado no ambiente familiar, inclusive pela condição de responsável solidariamente pelo bem-estar da criança e do adolescente e pelo combate à violência doméstica<sup>53</sup>. Em outros casos, entretanto, a intervenção só é justificada pela necessidade de promoção de condições para o pleno desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Para Ana Fascioli, existem dois grandes desafios na aplicação da teoria do *capability approach* no que tange a família, haja vista a tensão entre a igualdade e a liberdade. O primeiro refere-se à distribuição de recursos e oportunidades entre os seus membros; o segundo concerne ao problema de distribuição de liberdades e poderes ou autoridade entre os pais, os filhos e o Estado<sup>54</sup>.

O principal problema é a definição de quem tem o direito de estabelecer como será desenvolvida a relação familiar e o crescimento das crianças, diante de um dilema entre o direito e a liberdade dos pais em face dos filhos e a garantia de condições de igualdade de oportunidades entre todos os membros da família e entre as famílias, o que poderá demandar intervenção para corrigir desigualdades<sup>55</sup>.

Nussbaum afirma que, para solucionar esse impasse, é necessário que a sociedade se desenvolva em condições de igualdade entre os membros e assegure a todos os cidadãos as bases da liberdade, oportunidades e respeito<sup>56</sup>. Para a autora, o Estado deve constituir a estrutura familiar, por meio de leis, definindo os privilégios e direitos da família, o significado da entidade familiar, a forma de constituição do casamento e do divórcio, as responsabilidades parentais e

<sup>50</sup> KARIMI, Milad, BRAZIER, John, BASARIR, Hasan. **The capability approach: a critical review of its application in health economics**. Value in health 19 (2016). Disponível em: [www.sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com). Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>51</sup> REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão. CEBOLÃO, Karla Azevedo. **Amartya Sen e o direito a educação para o desenvolvimento**. Rev. de Direito Sociais e Políticas Públicas. Maranhão. v. 3. n. 2. Jul/Dez. 2017. P. 93.

<sup>52</sup> Consoante o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são direitos sociais básicos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

<sup>53</sup> Ver notas n.º 10 e 19 supra.

<sup>54</sup> FASCIOLI, Ana. **Nussbaum's approach to the family**. Paper present in HDCA 2018 Conference "Human Development and Social Inclusion in an Urbanizing World", p. 9.

<sup>55</sup> FASCIOLI, p. 9.

<sup>56</sup> NUSSBAUM, Martha. **"Love, Care, and Dignity" in Women and Human Development**, Cambridge University Press, New York, 2000. p. 84.

como será reconhecida a legitimidade parental, dentre outros aspectos relevantes para o pleno funcionamento das relações interpessoais nesse ambiente<sup>57</sup>.

Com efeito, o Estado só deve intervir nas situações em que é necessário para o desenvolvimento das capacidades de todos os membros da família, mediante políticas públicas que assegurem condições de igualdade, considerando cada um como um fim em si mesmo. A família é um local de amor e cuidado, mas, também, de conflitos e barganha de interesses, podendo as políticas públicas influenciar esse poder entre seus membros<sup>58</sup>.

No Brasil, há diversas políticas efetivas de proteção de vulneráveis no seio familiar. Entretanto, existem questões envolvendo a intervenção estatal na autonomia privada familiar em hipóteses em que as pessoas são plenamente capazes e com discernimento completo para dispor sobre a própria vida. Como já citado anteriormente, o reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem* e o *homeschooling*, aos quais podemos acrescer a declaração de união estável pelo Poder Judiciário e o direito à legítima.

Liberdade significa o exercício de capacidades pessoais. Só há liberdade quando as pessoas possuem condições de vida mínimas para agir com autonomia. A privação de direitos sociais básicos, em nível mínimo de concretização, implica retirar a capacidade do indivíduo sobre suas próprias escolhas, principalmente no seio familiar.

Nesse sentido, Nussbaum defende que o Estado deve garantir liberdade para que os atores familiares se associem e definam suas próprias relações interpessoais em sua esfera privada, assegurando, por meio de regulamentação legal (restritiva), o desenvolvimento de capacidades centrais de cada membro para o exercício efetivo de sua autonomia (livre arbítrio individual)<sup>59</sup>.

Para Sen, há duas perspectivas diferentes para avaliar a posição de uma pessoa em um ordenamento social: a primeira é a realização de fato conseguida e a segunda é a liberdade para realizar. Não há necessidade de congruência, pois a primeira é o que conseguimos fazer ou alcançar, e a segunda é a oportunidade real que temos para fazer ou alcançar aquilo que valorizamos<sup>60</sup>.

Nos casos de paternidade socioafetiva *post mortem*, por exemplo, há uma violação injustificada da autonomia privada familiar, pois o Estado-juiz define se existe(iu) ou não a efetiva relação familiar, independentemente da vontade de todos os envolvidos, ainda que se argumente estar em jogo direitos sucessórios ou até relacionados a subsistência da pessoa que pretende ver reconhecido o parentesco.

Afora a incerteza sobre as relações familiares, tais soluções contribuem para uma confusão entre os papéis dos membros de uma mesma entidade, na medida em que é duvidosa a existência de vínculo familiar entre alguns indivíduos na sociedade.

---

<sup>57</sup> NUSSBAUM, Martha. **The future of feminist liberalism**, in Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association, vol. 74, n.º 2, 2000. p. 61.

<sup>58</sup> FASCIOLI, p. 7.

<sup>59</sup> NUSSBAUM. “**Love, Care, and Dignity**” in **Women and Human Development**, 2000, p. 275.

<sup>60</sup> SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação: Ricardo Doninelli Mendes. 2 ed. Editora Record: Rio de Janeiro São Paulo. 2008. P. 69.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que a família se constitui em uma unidade essencial para o crescimento do indivíduo, uma vez que é, no seu seio, que ele desenvolve suas capacidades básicas e vivencia as primeiras experiências, formatando sua personalidade para um convívio social mais amplo.

Não obstante, para que essa evolução pessoal atinja sua plenitude, faz-se necessária a intervenção do Estado em situações pontuais, respeitados determinados limites.

Não se perca de vista que a Constituição Federal brasileira protege a família, como base da sociedade, porém garante a liberdade como direito fundamental, sob pena de grave comprometimento do crescimento e aperfeiçoamento pessoal do ser humano e o seu relacionamento de forma livre, com a expansão de suas capacidades individuais.

É importante, igualmente, que o limite para a ação estatal na autonomia privada familiar seja justamente o desenvolvimento das capacidades básicas de cada um. Neste sentido, verifica-se ao longo do estudo que a autonomia privada familiar é necessária, mas há um limite que pode ser definido pelas situações de vulnerabilidade.

Assim, conclui-se que a intervenção estatal só é efetivamente necessária e legítima nas decisões familiares quando a liberdade de um dos seus membros esteja sendo violada, como nos casos de violência doméstica, preterição do melhor interesse da criança ou ausência de discernimento para condução, com autonomia, da própria vida. Portanto, o limite utilizado deve ser a proteção de vulneráveis no contexto familiar.

Neste sentido, ao longo do estudo verificou-se que em diversas situações o Estado brasileiro ultrapassa esse limite, interferindo ativamente na autonomia familiar. De tal modo, para que haja o efetivo desenvolvimento dos membros da família e a expansão das suas capacidades é necessário que o modelo de intervenção estatal atual seja repensado no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Vol. 1. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

FASCIOLI, Ana. Nussbaum's approach to the family. Paper present in HDCA 2018 Conference "Human Development and Social Inclusion in an Urbanizing World". Disponível em: <https://hdca.org/publications/nussbaums-approach-to-the-family>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Oksandro. **A ordem econômica no Estado Democrático de direito e a teoria de Martha Nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. **RJLB**, Ano 4 (2018).

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.

MAILLART, Adriana da Silva, SANCHES, Smyraa Dal Farra Nasponini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan./jun. 2011.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Women and Human Development: the capability approach**, Cambridge University Press, New York, 2000.

NUSSBAUM, Martha. “The future of feminist liberalism”, in Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association, Vol. 74, No. 2. 2000.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da Autonomia Privada no Direito Sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão. CEBOLÃO, Karla Azevedo. **Amartya Sen e o direito a educação para o desenvolvimento**. Rev. de Direito Sociais e Políticas Públicas. Maranhão. v. 3. n. 2 . p. 88 – 104. Jul/Dez. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação: Ricardo Doninelli Mendes. 2 ed. Editora Record: Rio de Janeiro São Paulo. 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. vol. 14 ed. 5. Rio de Janeiro: Forense.