

ORGANIZADORES:

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

ELENA CECILIA ALVITES ALVITES

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

INGO WOLFGANG SARLET

ANAIS DA X JORNADA DA REDE INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Elena Cecilia Alvites Alvites
Mônia Clarissa Hennig Leal
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Ingo Wolfgang Sarlet
(Organizadores)

ANAIS DA X JORNADA DA REDE INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

VITÓRIA
FDV PUBLICAÇÕES

Editora-chefe - Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Comissão Executiva - Ana Paula Galdino de Deus; Ana Paula Florentino Santos Pires
Revisão de texto - **Os Autores**

Direitos reservados FDV Publicações



Editora-chefe - Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Comissão Executiva - Ana Paula Galdino de Deus; Ana Paula Florentino Santos Pires
Revisão de texto - Os Autores

Projeto gráfico e Diagramação • Wemerson Duarte Macedo

Conselho Editorial

Ana Cláudia Pinheiro Garcia	Iana Soares de Oliveira Penna
Arthur Henrique de Pontes Regis	Ingo Wolfgang Sarlet
André Karam Trindade	Leilane Serratine Grubba
Camila Vasconcelos de Oliveira	Marcela de Azevedo Bussinguer Conti
Carlos Luiz Strapazon	Maria Celeste Lima de Barros Faria
Cassius Guimarães Chai	Paula Castello Miguel
Darlene Gaudio A. Tronquoy	Renata Conde Vescovi
Dauray Cesar Fabríz	Ricardo Goretti Santos
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer	Robison Tramontina
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet	Ruth Ferreira Bastos
Gilsilene Passon Picoretti Francichetto	Salete Oro Boff
Hellen Nicacio de Araujo	Thami Covatti Piaia
Henderson Fürst	

A532 Anais da X jornada da rede interamericana de direitos fundamentais e democracia / Organizadores Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Elena Cecilia Alvites Alvites; Mônia Clarissa Hennig Leal; Gina Vidal Marcilio Pompeu; Ingo Wolfgang Sarlet -- Vitória : FDV Publicações, 2024.

ISBN (e-book) - 978-65-88555-18-7

1. Direito fundamentais. 2. Democracia. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Alvites Alvites, Elena Cecilia. III. Leal, Mônia Clarissa Hennig. IV. Pompeu, Leal, Mônia Clarissa Hennig. V. Sarlet, Ingo Wolfgang. VI. Título.

CDU-342.7

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
--------------------------	-----------

PARTE 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

A ASCENSÃO DOS NEGROS NO DEBATE PÚBLICO BRASILEIRO <i>Ecio Domingues da Silva; Silmara Aparecida de Lima.....</i>	15
---	-----------

A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO FUNDAMENTAL PARA A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES <i>Marli Marlene Moraes da Costa; Stéffani das Chagas Quintana</i>	27
---	-----------

A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO <i>Maria Eliza Leal Cabral; Vitória Bandeira da Silva.....</i>	39
---	-----------

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MÁ GESTÃO PATRIMONIAL: ANÁLISE CASO LARISSA MANOELA <i>André Viana Custódio; Camila Conrad.....</i>	53
---	-----------

ANIMAIS DE COMPANHIA COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL: A INTEGRAÇÃO DOS ANIMAIS À NOÇÃO DE SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS DESSA NOVA CONCEPÇÃO <i>Cláudia da Silva Thomazine Fraga; Alexandre de Castro Coura.....</i>	73
---	-----------

ASSISTÊNCIA SOCIAL ESTUDANTIL: REGIME JURÍDICO E INDICAÇÕES DE EFICÁCIA SOCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA <i>Renan Eduardo da Silva.....</i>	89
---	-----------

ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO NA BUSCA DA DEFESA DOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS <i>Raabe Mendonça Bragança; Gilsilene Passon P. Francischetto</i>	103
--	------------

DIREITO À MEMÓRIA, DESIGUALDADE DE GÊNERO E FRANÇOISE VERGÈS: UMA PONTE PARA O PASSADO BRASILEIRO NO DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA BIOÉTICA COM ENFOQUE NO FEMINISMO DECOLONIAL <i>Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Raíssa Lima e Salvador.....</i>	125
---	------------

DIREITO POLÍTICO FUNDAMENTAL AO SUFRÁGIO ATIVO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATURAS DE GÊNERO <i>Ana Paula Viana Barmann</i>	149
---	------------

**ETARISMO: DISCRIMINAÇÃO SILENCIOSA NA
CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA**

Aurineide Monteiro Castelo Branco..... 163

IGUALDADE RACIAL: PARA ALÉM DO DISCURSO DA TOLERÂNCIA

Enara de Oliveira Olimpio Ramos Pinto; Elda Coelho de Azevedo Bussinguer 179

**INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS NO ESTADO DO PARANÁ:
UM BREVE COMENTÁRIO LEGAL E PRÁTICO**

Wladimir Junior Lucietti Filho 197

**O AUXÍLIO-ALUGUEL ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA: UMA POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTIÇA SOCIAL?**

Faena Gall Gófas Meneghetti; Júlia Carolina Budde 215

**O DIREITO À GRATUIDADE DE TRANSPORTE E O ESTATUTO
DA PESSOA IDOSA: UMA FERRAMENTA PARA EFETIVAR
A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO**

Emanuela Guimarães Barbosa; Gilsilene Passon P. Francischetto..... 227

**PARTE 2 – DIREITOS POLÍTICOS E O DESAFIO
DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA**

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO PODER LEGISLATIVO
NA FORMULAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA ACESSO À MANDATOS
POLÍTICOS POR MULHERES: O DIREITO À IGUALDADE
POR MEIO DE UMA ISONOMIA PARCIAL**

Fernando Roberto Schnorr Alves; Victória Scherer de Oliveira 251

**A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS
E O PROCESSO DE LIBERTAÇÃO DA COLONIALIDADE:
O DESAFIO À EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA UNIVERSAL
NA AMÉRICA LATINA**

Samantha Negrís de Souza; César Albenes de Mendonça Cruz..... 263

**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS
SOB UMA PERSPECTIVA HUMANISTA**

Paulo César de Lara; Dillings Barbosa Maquiné..... 283

**BREVES OBJEÇÕES À UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS
HUMANOS: UMA PERSPECTIVA DA AMÉRICA LATINA**

Marcelo Fonseca Gurniski..... 301

**O “NOVO” PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ENTRE GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DEFENSOR DA ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA**

Ramon Gabriel Conti; Silvia Turra Grechinski..... 321

PARTE 3 – DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS: O COMPROMISSO COM O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: UMA ANÁLISE SOBRE OS LIMITES E POSSIBILIDADES PARA AS DECISÕES EM MOMENTOS EXCEPCIONAIS

Gerlis Prata Surlo; Adriano Sant’Ana Pedra.....341

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA COMO GARANTIA DO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL A DEMOCRACIA

Cinthia Gomes Dias.....359

A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA NO PROCESSO COLABORATIVO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ALTERIDADE PARA UMA JUSTIÇA EFETIVA

Maria Gabryelle Dantas Rocha377

CIDADES E COMUNIDADES SUSTENTÁVEIS E O DEVER DE COMPLIANCE DAS EMPRESAS E TERCEIRO SETOR

Sonia do Carmo Grobério; Adriano Sant’Ana Pedra395

DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO BRASILEIRO NO FOMENTO À CULTURA E O CORRELATO DIREITO FUNDAMENTAL DOS REFUGIADOS: UM ESTUDO FENOMENOLÓGICO

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes; Daurly Cesar Fabriz405

NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E AS DIRETRIZES PARA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

Roberto Antônio Darós Malaquias; Carlos Henrique Bezerra Leite421

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Betieli da Rosa Sauzem Machado; Chaiene Meira de Oliveira.....445

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEVER DE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA

Isadora Beatriz Teixeira Carlos.....459

PARTE 4 – DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS, TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS

A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O FINANCIAMENTO PÚBLICO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL: REQUISITOS NECESSÁRIOS

Cinthia Gomes Dias.....479

NOVOS CAMINHOS PARA ENTENDER O DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Gustavo Pardo Salata Nahsan.....491

REFORMA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DO ARTIGO 136 DA PEC 45/19 À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Luiza Ribeiro Tonial; Maria Eduarda Trevisan Kroeff503

PARTE 5 – DIREITOS SOCIAIS E CULTURAIS, DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

A REFORMA TRABALHISTA E A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS TRABALHISTAS

Gerlis Prata Surlo; Daury Cesar Fabriz.....521

A CRISE DO CLIMA E SEUS EFEITOS ADVERSOS NAS CIDADES: DESAFIOS PARA A GARANTIA DO ACESSO À ÁGUA PARA CONSUMO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Andreia Pereira Carvalho.....537

PARTE 6 – DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NOVAS TECNOLOGIAS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO DIREITO COMPARADO

Bernardo Spencer da Fontoura.....559

A SENTENÇA CRIMINAL NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: POSSIBILIDADES, QUESTÕES ÉTICAS E A HUMANIDADE INTRÍNSECA DA DECISÃO JUDICIAL

Gabriel Silveira de Queirós Campos; Américo Bedê Freire Júnior.....573

**A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM
E O FUTURO DA IA: OPORTUNIDADES E DESAFIOS
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Adriana da Costa Ricardo Schier; Joyce Finato Pires..... 593

**ANÁLISE COMPARADA DA PROTEÇÃO DO DIREITO
AUTORAL EM OBRAS ARTÍSTICAS GERADAS
POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Camila Lopes Martins..... 611

**DESAFIOS LEGAIS NA INTEGRAÇÃO ENTRE HARDWARE
E SOFTWARE NA ERA DO ACESSO**

Bruno Meneses Lorenzetto; Carla Fernanda Prim Marzani 627

**PROTEÇÃO DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
NOSSOS DADOS ESTÃO PROTEGIDOS?**

Julie Katlyn Antunes Schramm; Lucas Schramm..... 643

**PARTE 7 – DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE**

**ADPF 635 E A SITUAÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL NAS FAVELAS
BRASILEIRAS: DIÁLOGOS ENTRE O ICCAL, ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL E OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS**

Eliziane Fardin de Vargas; Bárbara Santiago de Lima..... 659

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SERVINDO DE
FONTE AO DIREITO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES**

Ester Emanuele Lima; Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira 679

**O DOGMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA MODULAÇÃO
TEMPORAL DOS EFEITOS EM CONTROLE CONCENTRADO:
REVISITANDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL A PARTIR DA ADI 2.154**

Mônia Clarissa Hennig Leal; Mateus Henrique Schoenherr 697

**PARTE 8 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS
JUDICIAIS: DEVIDO PROCESSO E TUTELA JUDICIAL**

**A (I) LEGITIMIDADE DO EFEITO BACKLASH FRENTE
ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Plácido Ferreira da Silva; Adriano Sant’Ana Pedra..... 715

A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO NA MATÉRIA PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	
Fernanda Fiori Barvick; Marcos Augusto Maliska	737

AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE DIVERSOS SEGMENTOS DA SOCIEDADE NO FIRMAMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS LEGITIMAMENTE DEMOCRÁTICAS	
Amanda Gabriely Santos Pereira; Carla Fernanda Prim Marzani.....	753

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS JUDICIAIS: DEVIDO PROCESSO E TUTELA JUDICIAL	
Eduardo Tourinho Gomes.....	773

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO GARANTIA DA JUSTIÇA DA DECISÃO JUDICIAL: POR UMA TUTELA JURISDICIONAL SENSÍVEL À VERDADE DOS FATOS	
Rodrigo Doval Rosa Lopes.....	789

O JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO: UMA ANÁLISE DA LEI FEDERAL Nº 13.964/19 E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TUTELA JUDICIAL	
Diego Guimarães Ribeiro; Cássius Guimarães Chai	805

PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO PÚBLICO: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 736 DO CPC PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	
Carolina Romano Brocco; Ricardo Goretti Santos	825

PARTE 9 – TECNOAUTORITARISMO, CIBERVIGILANTISMO E DEMOCRACIA

COMPARTILHAMENTO DE DADOS NO PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STF NA ADI 6649 E NA ADI 6529	
Taina Daniele Werle	841

VIGILÂNCIA E RACISMO ALGORITMICO: A POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE TECNOLOGIAS NÃO VIOLADORAS	
Ronaldo Félix Moreira Júnior; Nelson Camatta Moreira.....	859

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos esta obra coletiva, que reúne as contribuições oriundas das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD) e discutidas durante a **X Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia**, realizada presencialmente na cidade de Vitória, Espírito Santo, Brasil, entre os dias 25 e 27 de outubro de **2023**. Com a realização de mais uma Jornada, a Rede reafirma sua marca característica de internacionalização e avança firmemente no cumprimento de seus objetivos científicos, promovendo pesquisas em parceria, integração acadêmica e produção científica conjunta.

Desde sua criação, em **2014**, a Red-IDD promove anualmente encontros que consistem em painéis temáticos para debates entre professores e grupos de trabalho temáticos (GTs) para apresentação de pesquisas de alunos de pós-graduação *stricto sensu*. A primeira Jornada ocorreu no Brasil em um circuito entre Curitiba (UNIBRASIL), Porto Alegre (PUCRS) e Chapecó (UNOESC). A segunda foi em Lima, Peru, na Pontifícia Universidade Católica, em **2015**. A terceira aconteceu em São Paulo (UNINOVE, Mackenzie e UNIFIEO), em **2016**. Em **2017**, a quarta Jornada voltou a Lima, enquanto a quinta foi sediada em Santiago, Chile, na Universidade de Talca, em **2018**. A sexta edição ocorreu em Medellín, Colômbia, organizada pela Universidade Externado, em **2019**. A **VII Jornada** foi realizada em Fortaleza, Brasil (UNIFOR), em **2020**, e a **VIII Jornada**, no Centro Universitário Autônomo UniBrasil, em **2021**, ambas em formato remoto devido à pandemia. Em **2022**, a **IX Jornada** aconteceu em Lima, Peru, novamente na Pontifícia Universidade Católica, com ampla adesão de participantes.

Nesta edição, os temas abordados refletem questões contemporâneas de grande relevância, como direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; direitos políticos e o desafio da democracia na América Latina; direitos e deveres fundamentais e o compromisso com o Estado social e democrático; direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamentos; direitos sociais e culturais, desenvolvimento e sustentabilidade; direitos fundamentais, inteligência artificial e novas tecnologias; direitos fundamentais, controle de convencionalidade e constitucionalidade; direitos fundamentais e garantias judiciais, incluindo devido processo e tutela judicial; além de temas emergentes como o tecnoautoritarismo, o cibervigilantismo e os desafios impostos à democracia.

A transversalidade e a atualidade desses temas evidenciam a importância do trabalho da Rede, que busca articular diferentes perspectivas em um diálogo crítico e interdisciplinar. Com isso, a Red-IDD reafirma seu compromisso com a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente no campo dos direitos fundamentais e da democracia, contribuindo para a formação de profissionais

críticos e proativos, preparados para enfrentar os inúmeros desafios da efetividade dos direitos fundamentais e do fortalecimento do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Agradecemos a todos os que contribuíram para o sucesso deste evento e para a publicação desta obra, que serve como registro das reflexões e avanços alcançados. Boa leitura!

Os Organizadores:

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Profa. Dra. Elena Alvites

Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

PARTE 1
DIREITOS FUNDAMENTAIS
E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

A ASCENSÃO DOS NEGROS NO DEBATE PÚBLICO BRASILEIRO

EL ASCENSO DE LAS PERSONAS NEGRAS EN EL DEBATE PÚBLICO BRASILEÑO

*Elcio Domingues da Silva¹
Silmara Aparecida de Lima²*

RESUMO

A igualdade é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro expresso no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). O período da chamada nova república construído a partir da nova Carta Constitucional é extremamente profícuo no que se refere a ascensão dos negros no debate público brasileiro. Ainda que problemas persistam, os últimos 35 anos foram essenciais para que houvesse uma maior democratização dos espaços de poder. Desse modo, o objetivo deste trabalho é resgatar através de um olhar crítico, mas positivo no que se refere aos avanços da população negra no debate público brasileiro. Para alcançar a resposta a problemática, optou-se pelo método dedutivo, através de técnica de pesquisa documental indireta e de análise qualitativa em artigos de periódicos especializados.

Palavras-chave: ascensão; espaços de poder; debate público; ações afirmativas.

RESUMÉN

La igualdad es uno de los objetivos fundamentales del Estado brasileño expresado en el art. 3º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CRFB/88). El período de la llamada nueva república construida a partir de la nueva Carta Constitucional es extremadamente fructífero en lo que se refiere a la ascensión de los negros en el debate público brasileño. Aunque persisten problemas, los últimos 35 años han sido esenciales para que hubiera una mayor democratización de los espacios de poder. De este modo, el objetivo de este trabajo es rescatar a través de una mirada crítica, pero positiva en lo que se refiere a los

¹ Doutorando (2021) e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL (2019); Bolsista CAPES/PROSUP; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST. Especialista em Direito Digital – EBRADI (2021); Especialista em Docência do Ensino Superior – UCDB (2017); Especialista em Direito Civil e Empresarial Aplicado – UEPG (2013); Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (2010); Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais. Advogado. E-mail: elciodom@live.com.

² Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito - Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil (2007). Atualmente é pesquisadora do NUPECONST e Servidora Pública Estadual no Tribunal de Justiça do Paraná. Contato: silmaralima1@yahoo.com.br

avances de la población negra en el debate público brasileño. Para alcanzar la respuesta a la problemática, se optó por el método deductivo, a través de la técnica de investigación documental indirecta y análisis cualitativo en artículos de revistas especializadas.

Palabras clave: ascenso; espacios de poder; debate público; acción afirmativa.

1 INTRODUÇÃO

A vida humana é um ambiente de embates de toda ordem, o principal deles talvez seja o da sobrevivência, algo tão intrínseco ao homem e aos animais que se fala normalmente em um “instinto de sobrevivência”, pois não importa a circunstância difícil que um indivíduo esteja este sempre dará um jeito de sobreviver em detrimento de qualquer coisa ou circunstância que esteja em seu caminho. Entretanto, com o surgimento do Estado moderno e o monopólio do poder político e da vingança sob sua vontade, verifica-se que a maioria dos conflitos sociais dos indivíduos vinculados a um Estado (e que recebem a designação de cidadãos) procuram ser solucionado pelas diversas instituições que o compõe (Pinski, 2014).

É possível observar que os cidadãos estão habilitados a participar da formação da vontade política do Estado através do jogo democrático e esses espaços privilegiados está aquilo que é chamado de debate público. Tal debate acontece na arena da sociedade através de jogadores bem definidos e ambientes específicos. De um lado administração pública que representa a ação do Estado nos mais diversos ambientes, quais sejam: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, autarquias, agências reguladoras, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como todo os espaços relacionados a discussão de ideias nos ambientes empresariais privados e nas diversas expressões artísticas.

Tais debates formam aquilo que na filosofia/sociologia se chama de “espírito do tempo”³ e que compõe o repertório de crenças de uma sociedade, este Zeitgeist está em constante modificação, pois recebe influências de toda ordem, principalmente no que se refere de determinados grupos que possuem o privilégio de imporem os seus aparelhos ideológicos aos demais, principalmente ideologias que envolvam a manutenção e reprodução do modelo de produção capitalista no que diz respeito aos elementos econômico-sociais do Estado. (IELA, 2018)

³ Zeitegeist: O espírito do tempo corresponde ao consenso social que estabelece valores comportamentais e conceitos tidos espontaneamente ou coercitivamente como a síntese daquilo que é correto ou incorreto como prática social e se expressa no modo de mediação social e no direito codificado ou consuetudinário. Trata-se de conceito diferente daquele do tempo cronológico, linear, contado em segundos, horas, dias, meses, anos, séculos e milênios, servindo, principalmente, para a contagem do tempo de trabalho abstrato necessário para a sobrevivência do trabalhador (trabalho remunerado) e o tempo de trabalho excedente (trabalho não remunerado). Este último viabiliza a mágica da acumulação do capital, riqueza abstrata (valor). (IELA, 2018)

No atual “espírito do tempo” o Estado é o principal meio de fomento da atividade econômica e possibilitará o acesso a toda riqueza produzida em seu interior, através de políticas públicas específicas. De qualquer forma, o Estado Brasileiro está organizado sob o paradigma de Estado Socioambiental e Democrático de Direito, que é um conceito que designa qualquer Estado que visa garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica como também o cuidado com o uso dos recursos finitos disponibilizados pela natureza (Schier, 2019).

Sendo assim, a lei passa a representar à vontade, bem como determinar o comportamento dos cidadãos. Sendo que a sociedade se beneficia dos comportamentos que estejam em conformidade com a lei, dessa forma construindo a ideia de Estado de Direito.

Nos trinta e cinco anos, até agora, de vigência da CRFB/88 se percebeu um trabalho paulatino de diversos grupos de pressão no que se refere a políticas públicas voltadas para as minorias sociais, ou seja, grupos que fazem parte do maior contingente da população (mulheres e negros, por exemplo), mas que são sub-representados nos espaços de poder e pouca influência possuem no *zeitgeist*. Há diversos trabalhos científicos que demonstram a subrepresentatividade desses grupos. No entanto o objetivo deste trabalho é fazer uma análise a partir do avanço e daquilo que foi conquistado até então. De maneira alguma se procura desvalorizar as lutas e as críticas que são feitas ao atual estado de coisas, mas é perceber que houve avanços importantes nas últimas décadas principalmente no que se refere a ascensão da população negra no debate público brasileiro.

A ascensão da população negra no debate público brasileiro, principalmente, na última década representa um importante avanço na busca por igualdade racial e inclusão social. Verifica-se que durante os últimos anos houve uma ascensão perceptível da população negra no debate público. Desse modo, a problemática desta pesquisa é a seguinte: qual o alcance e o desenvolvimento da ascensão da população negra no debate público brasileiro no período de 2012 a 2022?

A hipótese da pesquisa é de que houve avanços expressivos da população negra no debate público brasileiro apesar da resistência dos grupos tradicionais de poder que controlam os diferentes ambientes de debate público nacional.

Para responder a problemática utilizou-se o método dedutivo através de uma abordagem qualitativa, por intermédio da técnica de pesquisa análise documental indireta, portanto a pesquisa se baseou em análises de artigos científicos e dados fornecidos por órgãos públicos, como o IBGE, SEBRAE e TSE para compreender como a população negra tem estabelecido sua presença nos espaços de poder e no debate público nacional.

O trabalho está dividido em quatro partes. Na primeira se discutirá as políticas públicas afirmativas voltadas para a população negra e verificar sua efetividade em

termos de produção de resultados, então nas outras três partes se verificará a ascensão da população negra nos ambientes político, empresarial e funcionalismo público e, por fim o jornalístico, artístico e cultural.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS AFIRMATIVAS

No Estado brasileiro já está bem documentado os aspectos relacionados ao déficit democrático, da dívida histórica e do racismo estrutural do Estado brasileiro com a população negra que formam o país (Bernardino, 2002). Sendo assim, procura-se observar o resultado das diversas lutas para resolução desses difíceis problemas que estão na estrutura da organização social brasileira (Vieira, 2019).

De qualquer forma, cumpre esclarecer, que o fenômeno da ascensão da população negra no debate público brasileiro e nos espaços de poder é multifacetado. Uma das principais razões para essa mudança positiva é a implementação de políticas de ação afirmativa, como as cotas raciais em universidades públicas e concursos públicos durante o final da década de 90 e início dos anos 2000 (Arretche, 2018)

Essas políticas permitiram o acesso de jovens negros a oportunidades educacionais e profissionais que anteriormente eram inacessíveis, corrigindo desigualdades históricas, embora se reconheça que aspectos discriminatórios ainda permanecem ante a presença do racismo estrutural e a exclusão em muitos ambientes (Barros; Albretcht, 2019). Merece destaque que um dos pontos de virada no desenvolvimento de políticas públicas está relacionado a representatividade política que será verificado na seção seguinte.

3 ASCENSÃO NO AMBIENTE POLÍTICO

Quando se observa os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) verifica-se um aumento encorajador na representação de indivíduos negros na política, por exemplo, nas eleições gerais de 2018, quase 28% dos eleitos se identificaram como pretos ou pardos, com cerca de 4,28% se identificando especificamente como pretos. Este número cresceu nas eleições municipais de 2020, onde a representação de pretos e pardos aumentou para 43,03%. No entanto, a representação de candidatos especificamente pretos ainda é baixa, constituindo apenas 5,63% dos eleitos. Esses números indicam uma tendência positiva na diversidade racial na política em processo de consolidação (TSE, 2023).

Dados atuais, da última eleição, apontam para essa direção, pois demonstram um aumento no número de candidatos negros em todos os níveis de governo, por

exemplo em 2022, observou-se um marco significativo, com 14.712 candidatos negros, superando numericamente os candidatos brancos, e assim, totalizando 50,27% das inscrições, que somaram 29.262. Isso contrasta com as eleições de 2018, onde as candidaturas negras representavam 43,03% do total (TSE, 2023).

Apesar desse progresso, os dados evidenciam que ainda é necessário um esforço contínuo para alcançar uma verdadeira equidade racial entre os representantes políticos da nação. Esse aumento reflete o fortalecimento de movimentos sociais que têm trabalhado incansavelmente para ampliar a voz e a influência da população negra na esfera política.

Como resultado, hoje se tem um número significativo de parlamentares, prefeitos e governadores negros ocupando cargos de liderança em todo o país, contudo a sub-representação permanece.

4 ASCENSÃO NO AMBIENTE EMPRESARIAL E NO FUNCIONALISMO PÚBLICO

Em estudo realizado pelo Instituto Locomotiva e pela Feira Preta revelou que o empreendedorismo é uma área de grande interesse para a população negra no Brasil, com quase 90% dos entrevistados expressando interesse no tema. Além disso, um quarto dos entrevistados indicou que seu maior sonho é possuir ou expandir seu próprio negócio (Locomotiva, 2021).

Este desejo de empreender pode ser motivado tanto pela necessidade – considerando que a taxa de desemprego é mais alta entre esta população – quanto pela vocação. No entanto, os empreendedores negros no Brasil estão cientes dos desafios que enfrentam diariamente. Eles relatam que o empreendedorismo é mais difícil para eles devido a vários fatores, incluindo falta de acesso a crédito, falta de apoio e falta de referências (Locomotiva, 2021).

Apesar desses obstáculos, o espírito empreendedor continua forte entre a população negra, demonstrando resiliência e determinação em face dos desafios. A pesquisa destaca a importância de continuar a apoiar e promover o empreendedorismo entre a população negra (Locomotiva, 2021).

Desse modo, verifica-se que a ascensão da população negra também se reflete no setor empresarial. Conforme dados apresentados no Atlas dos Pequenos Negócios 2022, um relatório divulgado pelo SEBRAE, no último trimestre de 2021, aproximadamente 52% dos proprietários de negócios se autodeclaravam como pertencentes à população negra, o que, de acordo com a classificação do IBGE, engloba tanto os pretos quanto os pardos (SEBRAE, 2022).

É importante destacar que essa proporção de empreendedores autodeclarados negros são notavelmente mais altas nas regiões Norte e Nordeste do Brasil, quando

comparada com as regiões Sudeste e Sul. Em estados como Amazonas e Acre, por exemplo, a parcela da população negra entre os donos de negócio atinge impressionantes 84%, enquanto em Santa Catarina e Rio Grande do Sul, essa proporção é significativamente menor, representando apenas 15% do total de empreendedores. Essa diferença regional destaca a diversidade socioeconômica do Brasil e sugere a influência de variáveis regionais na composição demográfica dos empreendedores (IBGE, 2022).

De qualquer forma se verifica que empreendedores negros têm criado negócios bem-sucedidos e gerado empregos, contribuindo para o desenvolvimento econômico e a quebra de estereótipos que antes limitavam as oportunidades da população negra no mundo dos negócios.

No que tange ao funcionalismo público brasileiro, observa-se que a população negra tem feito progressos significativos nos últimos anos. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a participação de negros e pardos no serviço público federal cresceu de 43,5% em 2010 para 50,8% em 2022. Esse aumento reflete a implementação de políticas públicas de igualdade racial, como as cotas raciais em concursos públicos (IBGE, 2022).

No entanto, ainda há muitos desafios a serem superados. Em primeiro lugar, a população negra ainda é minoria no serviço público federal, representando apenas 35,09% dos servidores públicos ativos do executivo federal. Além disso, a representatividade dos negros se agrava à medida que aumentam a importância e a remuneração do posto na administração pública (IBGE, 2022).

Em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNMP) verifica-se que, no Ministério Público brasileiro, apenas 6,5% são mulheres negras e 13,2% são homens negros, do total de membros que ingressaram nos últimos cinco anos. No entanto, quando comparados membros e servidores com mais de 20 anos de serviço público e aqueles que têm até cinco anos a contar da posse, foi verificado o aumento superior a 40% na taxa de participação de pessoas negras. (Rodrigues Júnior, 2023).

Esses dados mostram que, apesar dos avanços, ainda há um longo caminho a ser percorrido para garantir a plena inclusão da população negra no serviço público brasileiro. É importante continuar a luta pela igualdade racial no ambiente de trabalho, por meio de políticas públicas e ações afirmativas que promovam a equidade e a diversidade nas instituições públicas.

Outro aspecto crucial é a necessidade de aumento da população negra em cargos de liderança no funcionalismo público, pois as pessoas negras ocupam apenas 35,6% dos cargos públicos no governo federal (IBGE, 2022).

Ainda que nos últimos anos tenha havido um aumento significativo no número de servidores públicos negros em postos estratégicos nos diversos níveis de governo. Isso ainda não reflete a diversidade da sociedade brasileira, mas de qualquer forma já contribui para a formulação de políticas públicas mais inclusivas e sensíveis às

necessidades desta população, contudo ainda os números não refletem o perfil populacional da sociedade como um todo.

5 A ASCENSÃO NA IMPRENSA, NA CULTURA E NAS ARTES

A imprensa brasileira desempenha um papel fundamental na formação da opinião pública e na construção da democracia. Da mesma forma, a imprensa brasileira pode ser um espaço de reprodução das desigualdades raciais e preconceitos existentes no país.

O estudo “Perfil racial da imprensa brasileira”, mapeou a presença de jornalistas negros nos principais veículos de comunicação do país. O estudo foi realizado com base em dados até o ano de 2021 e contou com a participação de 100 veículos, incluindo jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão (Jornalistas & Cia; Portal dos Jornalistas; Instituto Corda, 2021).

Os resultados do estudo mostram que a presença de jornalistas negros na imprensa brasileira ainda é muito baixa. Os negros representam apenas 12,7% dos jornalistas nos principais veículos de comunicação do país. Essa proporção é ainda menor em cargos de liderança, onde os negros representam apenas 7,8%. televisão (Jornalistas & Cia; Portal dos Jornalistas; Instituto Corda, 2021).

O estudo também mostra que a presença de jornalistas negros é mais baixa em veículos de maior porte e de maior circulação. Por exemplo, nos jornais de grande circulação, os negros representam apenas 10,6% dos jornalistas. Já nos jornais de menor circulação, eles representam 16,8%. televisão (Jornalistas & Cia; Portal dos Jornalistas; Instituto Corda, 2021).

As causas da baixa representatividade de jornalistas negros na imprensa brasileira são complexas e multifatoriais. Elas incluem fatores históricos, culturais e estruturais. Do ponto de vista histórico, a imprensa brasileira foi fundada e desenvolvida por homens brancos, de classe média alta. Essa tradição de exclusão racial se reflete na composição atual da imprensa brasileira.

Do ponto de vista cultural, o racismo é um fenômeno estrutural que afeta todos os aspectos da sociedade brasileira, incluindo a imprensa. O racismo pode levar a uma subestimação do talento e da competência dos jornalistas negros, dificultando sua ascensão profissional. Do ponto de vista estrutural, a imprensa brasileira é um setor altamente competitivo e meritocrático. Isso pode levar a uma discriminação indireta contra os jornalistas negros, que podem ter menos oportunidades de acesso e ascensão profissional (ALMEIDA, 2018).

Apesar dos desafios, nos últimos anos houve alguns avanços na representatividade de jornalistas negros na imprensa brasileira. Isso se deve, em parte, à imple-

mentação de políticas públicas de igualdade racial, como as cotas raciais em concursos públicos e programas como PROUNI e FIES. De qualquer forma o estudo mostra que a presença de jornalistas negros na imprensa brasileira aumentou 1,5 ponto percentual entre 2019 e 2021. Esse aumento é significativo, mas ainda é insuficiente para garantir a plena inclusão dos jornalistas negros no setor televisão (Jornalistas & Cia; Portal dos Jornalistas; Instituto Corda, 2021).

No que se refere no campo da cultura e das artes, a ascensão da população negra também é bastante representativa. Artistas, escritores, músicos e cineastas negros têm conquistado reconhecimento nacional e internacional, promovendo uma maior conscientização sobre questões relacionadas à identidade negra, racismo e desigualdade social por meio de suas obras.

A presença da população negra nas artes visuais brasileiras tem uma história longa e complexa, marcada por desafios e conquistas, avanços e retrocessos. Nos últimos dez anos, essa presença tem se tornado cada vez mais marcante, com artistas negros ocupando um espaço cada vez maior no cenário artístico nacional (Capomaccio, 2021).

Apesar dos desafios, alguns artistas negros conseguiram se destacar no cenário artístico brasileiro. No século 18, o Aleijadinho foi um dos mais importantes escultores do país, e seu trabalho é considerado um dos expoentes da arte barroca brasileira. No século 19, mestre Valentim e o Cabra foram outros importantes artistas negros que se destacaram na pintura e na escultura (Capomaccio, 2021).

No século 20, a presença dos artistas negros nas artes visuais brasileiras aumentou, artistas como Arthur Timótheo da Costa e Wilson Tibério se destacaram nesse período, mas ainda assim, a participação dos negros no campo das artes continuava a ser minoritária. (Capomaccio, 2021).

A partir da década de 1970, o movimento negro começou a ganhar força no Brasil. Essa mobilização social também teve um impacto positivo na área das artes visuais, contribuindo para o aumento da visibilidade dos artistas negros.

Nos últimos dez anos, a presença do negro nas artes visuais brasileiras tem se tornado ainda mais marcante. Artistas como Emanuel Araújo, Rosana Paulino, Ayrson Heráclito, Emerica e Linn da Quebrada. Esses artistas estão trazendo novas perspectivas e abordagens para as artes visuais brasileiras, valorizando a cultura e a identidade afro-brasileira. Eles ajudam a construir uma sociedade mais justa e igualitária, onde a população negra possa se expressar livremente. Portanto, estes são alguns dos exemplos dessa nova geração de artistas negros que estão conquistando maior espaço do debate público brasileiro. (Capomaccio, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da problemática lançada neste trabalho para verificar a ascensão da população negra no debate público brasileiro no período de 2012 a 2022, percebe-se que se trata de um fenômeno expressivo, apesar da resistência dos grupos tradicionais/conservadores que se mantém exercendo poder político, econômico e ideológico. De qualquer forma, durante esse período, houve um aumento importante na parcela da população que se autodeclara preta, de 7,4% para 10,6%, conforme o último sensu do IBGE. Esse crescimento é reflexo de uma série de fatores, incluindo a crescente conscientização sobre questões raciais, o fortalecimento do movimento negro e a implementação de políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade racial (IBGE, 2022).

O aumento na autodeclaração de pretos pode ser interpretado como um indicador da crescente conscientização sobre a questão racial no Brasil. A população negra tem se tornado mais vocal em sua reivindicação de direitos e igualdade, e isso reflete no debate público. O movimento negro, por sua vez, tem se fortalecido nos últimos anos, e suas demandas ganham cada vez mais visibilidade. A implementação de políticas públicas afirmativas voltadas para a promoção da igualdade racial também contribui para esse processo, ao criar mecanismos para combater a discriminação e garantir a participação da população negra em todos os aspectos da sociedade.

A presença e a influência da população negra no debate público são fundamentais para o desenvolvimento em direção de uma sociedade mais justa e igualitária. Através de sua participação ativa, a população negra tem contribuído para a promoção do diálogo e da conscientização sobre questões raciais.

Como foi demonstrado ao longo do trabalho nas áreas analisadas (política, empresarial, serviço público, jornalismo, artes e cultura) foi possível perceber avanços importantes ainda que haja muito espaço para desenvolvimento e crescimento da população negra no debate público brasileiro.

Sendo assim, verifica-se que a hipótese foi confirmada, mas que apesar desses avanços, a população negra ainda enfrenta muitos desafios no Brasil. A desigualdade racial persiste, e a discriminação é uma realidade cotidiana para muitos negros. A ascensão da população negra no debate público é fundamental para trazer à tona essas questões, mas ainda há muito a ser feito para superar esses desafios.

O racismo estrutural ainda persiste em muitos setores da sociedade, criando barreiras que precisam ser superadas. É fundamental que as conquistas alcançadas até o momento sejam mantidas e ampliadas por meio de políticas públicas contínuas de promoção da igualdade racial principalmente no que se refere, atualmente, políticas voltadas para o acesso de mulheres negras nos espaços decisórios tendo em vista esse estrato da população ser o mais vulnerável e a principal vítima de violência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz. **O que é racismo estrutural?** 1ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARRETCHE, Marta. Democracia e Redução da Desigualdade Econômica no Brasil. A inclusão dos outsiders. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 33, n. 96. 2018.

BARROS, Bruno Mello Correa de; ALBRECHT, Bruno Mello Correa de. A discriminação racial no Brasil e a ascensão do povo negro: um olhar a partir dos princípios constitucionais na luta pela cidadania inclusiva. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1 p.14-33, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5908>. Acesso ago. 2023

BERNARDINO, Joaze. **Ação Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil. Estudos Afro-Asiáticos**, Ano 24, nº 2, 2002, pp. 247-273.

BRASIL. TSE. **Mais da metade dos candidatos aos cargos das Eleições 2022 se autodeclarou negra**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/mais-da-metade-dos-candidatos-aos-cargos-das-eleicoes-2022-se-autodeclarou-negra>. Acesso ago. 2023

CAPOMACCIO, Sandra. **Presença do negro nas artes visuais brasileiras é marcante**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/presenca-do-negro-nas-artes-visuais-brasileiras-e-marcante/> Acesso em 16 de nov. de 2023

DIAS, Luciano; CANAVÊZ, Fernanda. Racismo e ascensão social do negro na democracia brasileira. **Revista Psicologia em Pesquisa**. v. 16 n. 1 (2022). Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/psicologiaempesquisa/article/view/32542>. Acesso ago. 2023

GELEDÉS. **A cultura negra: luta e resistência de um povo**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/cultura-negra-luta-e-resistencia-de-um-povo/> Acesso em 16 de nov. de 2023

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral: População, por cor ou raça**. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6403#resultado>. Acesso ago. 2023

IELA - UFSC. Instituto de Estudos Latino-americanos. **O espírito do tempo e o modo de produção**. Disponível em: <https://iela.ufsc.br/o-espírito-do-tempo-e-o-modo-de-producao/> Acesso em 15 de nov. de 2023.

JORNALISTAS & CIA; PORTAL DOS JORNALISTAS; INSTITUTO CORDA; I'MAX. **Perfil Racial da Imprensa Brasileira**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/11/pesquisa-perfil-racial-da-imprensa-17-nov-2021.pdf> Acesso em: 15 de nov. 2023

LORENCI, Tatiana W. Lauand de Paula; SOUZA, André Peixoto de. **Crise de representatividade política no Brasil**. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/145>. Acesso em: out. 2021.

MELO, Maxmiliano. **A ascensão dos negros: rumo a um futuro mais igual**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/a-ascensao-dos-negros/>. Acesso ago. 2023

NEVES, Roberta Cristina de Souza. **A ascensão do negro na sociedade brasileira: pesquisa sobre profissionais liberais e empreendedores na Região dos Lagos-RJ**. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista pela coordenação de ensino e extensão da PUC-Rio Orientador (a): Olivia Hirsch. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30639/30639.PDF>. Acesso ago. 2023

PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2014

REPÚBLICA.ORG. Onde estão os negros no Serviço Público? Disponível em: <https://www.negrosnoservicopublico.com/>. Acesso ago. 2023

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). **Perfil étnico-racial do Ministério Público brasileiro. Brasília**: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2023.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: administração pública direitos fundamentais e desenvolvimento**. Curitiba: Ítala, 2019.

SEBRAE. **Atlas de pequenos negócios 2022**. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Sebrae%2050+50/Not%C3%ADcias/PRESKIT%2050%20ANOS.pdf>. Acesso ago. 2023

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. Direitos Humanos, racismo e cotas raciais: A construção de uma democracia antirracista com base em reconhecimento e consideração. **Perseu: Revista do Centro Sérgio Buarque de Holanda da Fundação Perseu Abramo**. N° 17, Ano 12, 2019, p.64-65.

A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO FUNDAMENTAL PARA A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

LA EDUCACIÓN COMO MECANISMO FUNDAMENTAL PARA PREVENIR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Marli Marlene Moraes da Costa¹

Stéffani das Chagas Quintana

2

RESUMO

Levando em consideração a Lei n. 14.164/2021, qual é o papel da educação na prevenção da violência praticada contra as mulheres? Para responder, aplicou-se o método dedutivo, as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental e foram elencados dois objetivos específicos: (i) abordar sobre a violência contra as mulheres no Brasil, a partir de aspectos conceituais e dados divulgados em relatórios e pesquisas e (ii) analisar o papel da educação frente à prevenção da violência contra as mulheres, a partir da perspectiva da Lei n. 14.164/2021. Verificou-se a necessidade de aplicação da norma, além de investimentos para a capacitação dos profissionais.

Palavras-chave: Educação. Lei n. 14.164/2021. Violência contra as mulheres.

RESUMEN

Teniendo en cuenta la Ley 14.164/2021, ¿cuál es el papel de la educación en la prevención de la violencia contra las mujeres? Para responder a esta pregunta, se utilizó el método deductivo, técnicas de investigación bibliográfica y documental y dos objetivos específicos: (i) discutir la violencia contra las mujeres en Brasil, a partir de aspectos conceptuales y datos publicados en informes e investigaciones y (ii) analizar el papel de la

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós Doutorado em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RSUNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente – NEJUSCA/UFSC. Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>. E-mail: marlim@unisc.br.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPES na modalidade I. Pós-graduada em Direito da Mulher pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Bacharela em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, vinculado ao PPGD/UNISC. E-mail: stefaniquintana@hotmail.com.

educación en la prevención de la violencia contra las mujeres, desde la perspectiva de la Ley 14.164/2021. Se constató que es necesario hacer cumplir la ley, así como invertir en la formación de profesionales.

Palabras clave: Educación. Ley 14.164/2021. Violencia contra las mujeres.

1 INTRODUÇÃO

A violência praticada contra as mulheres ainda é um crescente problema identificado na sociedade brasileira, uma vez que assola diariamente a vida das mesmas, viola diferentes direitos fundamentais e corrobora diretamente para a perpetuação das desigualdades de gênero no país. Ressalta-se que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher enfatiza que essa pode ocorrer de diferentes formas, como no âmbito doméstico, na comunidade em geral e também praticada ou tolerada pelo próprio Estado e seus agentes (BRASIL, [1996]).

Assim, mesmo levando em consideração a existência de disposições legais que visam o combate e a prevenção da violência contra a mulher, esse fenômeno histórico e estrutural ainda é notadamente identificado. Demonstrando-se a urgente necessidade de aplicação de novas medidas e mecanismos para a promoção de um efetivo enfrentamento ao problema. Nesse sentido, o presente artigo possui como tema o papel da educação na prevenção da violência contra as mulheres, especialmente considerando a Lei n. 14.164/2021.

No estudo aplicou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte de aspectos gerais sobre a violência contra as mulheres e, após, direciona-se aos pontos específicos do estudo, além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Através disso, buscou-se responder ao seguinte questionamento: levando em consideração a Lei n. 14.164/2021, qual é o papel da educação na prevenção da violência praticada contra as mulheres?

Foram elencados dois objetivos específicos, os quais se referem respectivamente aos tópicos de estudo. Primeiramente objetivou-se abordar sobre a violência contra as mulheres no Brasil, principalmente a partir de aspectos conceituais e dados divulgados em relatórios e pesquisas. Em sequência, elencou-se como objetivo analisar o papel da educação frente à prevenção da violência contra as mulheres, a partir da perspectiva da Lei n. 14.164/2021, que alterou a Lei n. 9.394/1996, conhecida como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

A violência contra as mulheres é um problema enraizado na sociedade brasileira, uma vez que independentemente dos dispositivos legais que visam o combate e a prevenção de todas as suas formas, ainda é uma realidade enfrentada pelas mulheres. A presença de uma estrutura machista e patriarcal influenciam na perpetuação das desigualdades de gênero, discriminações e, conseqüentemente, colaboram para um cenário de crescimento da violência.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, promulgada através do Decreto n. 1.973/1996, compreende que a violência contra as mulheres pode ser praticada de forma física, sexual ou psicológica, ocorrendo no ambiente doméstico, familiar ou diante de qualquer relação interpessoal, englobando situações de estupro, maus-tratos e abuso sexual, em atenção ao artigo 2, “a”, da Convenção. Também, podendo ser praticada na comunidade em geral e em instituições de educação, de saúde e outros locais, abrangendo situações de estupro, abuso sexual, tráfico de mulheres, tortura, sequestro, assédio sexual no trabalho e prostituição forçada, ou provocada e admitida pelo Estado ou seus profissionais, visto o artigo 2, “b” e “c”. (BRASIL, [1996]).

Diante disso, além de possuírem o direito de viver sem qualquer tipo de violência e discriminação, as mesmas devem ser valorizadas e educadas sem a interferência de qualquer padrão estereotipado de comportamento ou costumes baseados em noções de inferioridade ou subordinação, conforme o artigo 6º da mesma Convenção (BRASIL, [1996]). Porém, a violência contra as mulheres, somada aos padrões e estereótipos, ainda persiste no cenário brasileiro, sendo também considerada como um problema que envolve saúde pública e violações de direitos (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, [s.d.]).

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, através do seu caráter pedagógico, expõe que são configuradas como violência doméstica e familiar contra a mulher as ações ou omissões que sejam fundamentadas no gênero e ocasionem em morte, sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos, danos morais ou patrimoniais e lesões (BRASIL, [2021]a). Destaca-se que referida Lei é considerada como um marco de proteção e, com o passar dos anos, corrobora cada vez mais para que a violência praticada contra as mulheres seja compreendida e identificada, inclusive através da conscientização (ONU MULHERES, 2017).

Da mesma forma, importa destacar que alcançar a igualdade de gênero é um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (NAÇÕES UNIDAS, 2015), notadamente se tratando de um desafio a ser superado em âmbito nacional e internacional, a fim de que se torne possível assegurar direitos e garantias a todas as mulheres, sobretudo influenciando na redução dos índices de prática de violências contra as mesmas.

Contudo, ainda que sejam observados diferentes avanços em âmbito legislativo quanto a busca pela garantia dos direitos humanos das mulheres, verifica-se que esses ainda não são suficientes para combater os crescentes casos de violência no país (DIEHL; PORTO; COSTA, 2020). Nesse sentido, não basta apenas que os agressores sejam punidos através da legislação, sendo necessário ir além, principalmente a fim de se alcançar, inclusive, uma educação de gênero e a ruptura desse cenário.

Compreende-se que a violência de gênero, independentemente de suas modalidades, é consequência da organização social de gênero existente, a partir da qual o ser masculino é constantemente privilegiado, sendo que a “[...] desigualdade, longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais” (SAFFIOTI, 2015, p. 75).

Igualmente, a violência praticada contra as mulheres é uma forma de manifestação do poder nas relações sociais, baseada em aspectos histórico-sociais de legitimação da violência e continuação das desigualdades de gênero (ABREU; SANTOS, 2022). Assim, uma vez que o cenário brasileiro de violência contra as mulheres é marcado pela presença de estruturas sociais que dificultam ainda mais o seu rompimento, torna-se cada vez mais essencial que sejam adotadas novas medidas para conter esse grave e crescente problema.

O relatório Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto de Pesquisas Datafolha de 2023, aborda que ainda no ano de 2022 ocorreu um notório aumento nos índices de violência contra as mulheres (BUENO *et al*, 2023a), o que contribui diretamente para o crescimento da insegurança, riscos e violações a direitos fundamentais. Conforme exposto pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2022 os casos de feminicídio e homicídios dolosos de mulheres aumentaram, assim como agressões praticadas em âmbito doméstico, ameaças, assédio sexual e importunação sexual (BUENO *et al*, 2023b).

O referido Anuário expõe que no ano de 2022 os casos envolvendo agressores no âmbito doméstico sofreram 2,9% de aumento, resultando em 245.713 casos, assim como as ameaças aumentaram 7,2%, ocasionando em 613.529 situações (BUENO *et al*, 2023b). No mesmo sentido, quanto aos acionamentos ao número de emergência da Polícia Militar, registrou-se aproximadamente 102 ligações por hora, o que significa 899.485 acionamentos (BUENO *et al*, 2023b). Com base no mesmo documento, constata-se que diariamente, no ano de 2022, 673 mulheres denunciaram uma situação de violência doméstica em uma delegacia de polícia (BUENO *et al*, 2023b).

As mulheres também são constantemente vítimas de outros tipos de violência, como no caso da violência política. Em pesquisa realizada pelo Observatório da Mulher contra a Violência junto ao Instituto DataSenado, verificou-se a presença de violências, discriminações e desigualdades de gênero, uma vez que 32% das mulheres já foi discriminada no âmbito político em razão do gênero, enquanto 10% dos homens

relatam essa situação. Da mesma forma, frente a violências simbólicas de desqualificação em razão do gênero, 22% das mulheres já passaram por essa situação, em face de 8% dos homens que realizaram a mesma afirmação (OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA, 2023).

De acordo com as informações extraídas pelo Instituto Patrícia Galvão ([2023]) frente à 4ª edição do relatório Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil, 35 mulheres, a cada minuto no ano de 2022, sofreram uma agressão física ou verbal, além de que 18,6 milhões de mulheres foram vítimas de violência ou agressão e, aproximadamente, 51 mil mulheres vivenciaram uma violência diariamente. Igualmente, foi destacado que 45% das mulheres que foram vítimas de algum tipo de violência não tomaram nenhuma medida após a situação mais grave (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, [2023]), o que demonstra ainda mais a necessidade de mecanismos eficazes para o enfrentamento da violência.

Como forma de compreender o motivo do aumento das situações de violência contra a mulher no Brasil, cabe ressaltar a carência de políticas públicas efetivas, os impactos do período pandêmico de Covid-19, o crescimento de movimentos políticos contrários à igualdade de gênero, assim como a chamada teoria do “*backlash*” (BUENO *et al*, 2023b), que verifica que

[...] na medida em que avançamos em ações e intenções que promovam a igualdade de gênero em diferentes espaços, as violências contra as mulheres aumentam. Seria uma reação ao fato de tentarmos romper com os papéis sociais que nos foram histórica e culturalmente atribuídos. (BUENO *et al*, 2023b, p. 137).

Nesse sentido, extrai-se que a violência contra as mulheres ainda é um problema atual, que viola diretamente os direitos humanos das mesmas. Sendo um fenômeno crescente na sociedade brasileira, mesmo que existam mecanismos legais de proteção e tenham sido conquistados diversos direitos às mulheres, além da perspectiva feminista ter avançado. Visto isso, o cenário identificado demonstra a necessidade de que os mecanismos para combate, enfrentamento e prevenção da violência sejam expandidos, de maneira que a educação assuma um papel importante quanto à prevenção da violência contra as mulheres, a partir da perspectiva da Lei n. 14.164/2021.

3 A LEI N. 14.164/2021 E O PAPEL DA EDUCAÇÃO NA PREVENÇÃO DA VIO- LÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Destaca-se, inicialmente, que diante da situação de violência crescente contra as mulheres no Brasil, as disposições legislativas repressivas não estão dando conta

de coibir a sua prática (COSTA; DIOTTO, 2022). Desse modo, recentemente surge um debate essencial sobre a importância da educação como um instrumento para o enfrentamento e a prevenção da violência que vitimiza mulheres no Brasil.

Cabe ressaltar que o Decreto n. 9.586/2018 aborda que o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher deve ser integrado às políticas, inclusive envolvendo a educação, tendo como base a transversalidade e a busca por um ambiente seguro e sem discriminações, conforme o artigo 6º, §2º (BRASIL, [2018]). A prevenção, a educação e a sensibilização a respeito da violência como sendo um fenômeno estrutural e histórico de opressão às mulheres também são tidas como diretrizes do Plano (BRASIL, [2018]).

Deve-se levar em consideração, igualmente, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada com o objetivo de que todos se esforcem através do ensino e da educação para que seja possível alcançar o respeito aos direitos e liberdades, uma vez que, conforme o seu artigo 26, a instrução deve ser baseada no pleno desenvolvimento da personalidade humana e no fortalecimento do respeito frente aos direitos humanos e liberdades fundamentais (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, [1948]).

Da mesma forma, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 8º, ao tratar sobre as medidas integradas de prevenção, aborda que a política pública para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra as mulheres deve observar, dentre as suas diretrizes, a promoção e a realização de campanhas com caráter educativo sobre a prevenção da referida violência, que sejam direcionadas para o âmbito escolar e, também, à sociedade (BRASIL, [2021]a).

Nesse sentido, corroborando com a temática e buscando trazer uma implementação efetiva de educação de gênero, a recente Lei n. 14.164, de 10 de junho de 2021 passa a alterar a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que é conhecida como sendo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a fim de incluir assuntos sobre a prevenção da violência praticada contra as mulheres nos currículos da educação básica, além de instituir a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher (BRASIL, [2021]b).

A educação contribui diretamente para o desenvolvimento humano, especialmente porque através dela cada indivíduo passa a compreender os seus valores e identidade (COSTA; DIOTTO, 2022). Logo, uma educação baseada em direitos humanos que vise a prevenção e o enfrentamento das violências praticadas contra crianças, adolescentes e mulheres passa a formar o “alicerce de um novo paradigma que se bem trabalhado, deixará um legado para as futuras gerações” (COSTA; DIOTTO, 2022, p. 171).

Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece que a educação, enquanto sendo um dever da família e, igualmente, do Estado, deve ser baseada nos seguintes princípios:

Art. 3º [...]

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII - valorização do profissional da educação escolar;
- VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos respectivos Estados e Municípios e do Distrito Federal;
- IX - garantia de padrão de qualidade;
- X - valorização da experiência extra-escolar;
- XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
- XII - consideração com a diversidade étnico-racial.
- XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.
- XIV - respeito à diversidade humana, linguística, cultural e identitária das pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva. (BRASIL, [2023])

A nova Lei passa a acrescentar na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que conteúdos voltados aos direitos humanos, assim como, sobre a prevenção de todas as formas de violência praticadas contra crianças, adolescentes e mulheres serão abrangidos nos currículos de educação infantil, do ensino fundamental e ensino médio, observada a transversalidade, as diretrizes da legislação e a criação e distribuição de materiais adequados (BRASIL, [2021]b).

A Lei n. 14.164/2021, igualmente, institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, que deverá ser realizada de forma anual nas instituições de ensino da educação básica, sejam elas públicas ou privadas, durante o mês de março, devendo observar o rol de objetivos expostos nos incisos do seu artigo 2º (BRASIL, [2021]b).

Assim, dentre aos objetivos, a atividade deverá contribuir para a promoção do conhecimento sobre a Lei Maria da Penha, estimular a reflexão crítica de todos envolvidos no ambiente escolar sobre a prevenção e o combate da violência praticada contra as mulheres, sejam estudantes, profissionais ou a comunidade escolar em geral, integrar a referida comunidade frente à criação de estratégias para o enfrentamento das violências, tratar sobre mecanismos de assistência às mulheres em situação de violência doméstica, as formas de proteção e de realização de denúncia, capacitar os profissionais da educação, conscientizar a comunidade a respeito da violência, promover a igualdade a fim de prevenir e combater a violência contra as mulheres, além

de promover a realização e distribuição de materiais didáticos a respeito do assunto (BRASIL, [2021]b).

A educação pode ser visualizada como sendo uma peça fundamental, inclusive para a implementação efetiva da Lei Maria da Penha, através da inserção de conteúdos sobre direitos humanos, igualdade de gênero, de raça ou etnia e sobre a violência contra as mulheres nos currículos escolares (ONU MULHERES, 2017). Sendo fundamental a formação e a qualificação dos profissionais da educação sobre temas envolvendo discussões de gênero e sexualidade para que seja possível promover uma educação inclusiva, de gênero e direitos humanos no país (ONU MULHERES, 2017).

Ressalta-se que a nova Lei remete a um novo paradigma, a partir de um olhar para a educação enquanto um direito fundamental ao ser humano e de espaço para reflexões, sobretudo frente à criação de uma cultura de respeito a ser perpetuada e cultivada pelas novas gerações (COSTA; DIOTTO, 2022). Dessa forma, a educação fundamentada na igualdade de gênero é essencial para prevenir a violência, já que quando não é aplicada nas instituições de ensino, acaba sendo reproduzido o ciclo estrutural de desigualdades, machismo e patriarcado (BERNARDES, 2021).

Hooks (2013), por sua vez, em sua obra “Ensinando a transgredir: a educação como prática de liberdade” dispõe que para que seja promovido um ensino voltado para a liberdade, é essencial que a forma de pensar os processos pedagógicos seja desafiada e alterada. Dessa forma, no âmbito das políticas públicas e de maneira articulada, a educação pode ser identificada como uma forma corroborativa para o enfrentamento e a prevenção da violência praticada contra a mulher, principalmente por se tratar de um ambiente de transformação, desenvolvimento e humanização social (FERREIRA, 2019).

A Lei n. 14.164/2021, diante dessa perspectiva, pode ser identificada como um notório avanço para a prevenção da violência a partir da inserção de práticas e conteúdos envolvendo questões de gênero nas escolas (COSTA; DIOTTO, 2022). No entanto, não basta a criação da legislação para que a realidade seja modificada, sendo fundamental a formação e capacitação de todos os envolvidos, a criação de materiais adequados, bem como que sejam fornecidas condições e investimentos para que todas as ações e atividades sejam efetivamente executadas (COSTA; DIOTTO, 2022).

A partir disso, o diploma legal promove uma discussão fundamental, uma vez que a prevenção da violência com a atuação de uma educação de gênero pode ensejar em bons resultados, mas sendo essencial e urgente que as disposições trazidas na legislação sejam refletidas, estimuladas e aplicadas no âmbito escolar (COSTA; DIOTTO, 2022) e, principalmente, que haja investimentos adequados para que seja possível proporcionar a capacitação de todos os profissionais da educação básica e corroborar para a transformação do grave cenário de aumento das violências praticadas contra as mulheres.

CONCLUSÃO

A violência contra as mulheres, embora se trate de um problema identificado desde os tempos mais remotos, ainda atinge diariamente a vida das mulheres brasileiras. Levando em consideração o atual cenário brasileiro, identifica-se que mesmo com todos os dispositivos legais e as políticas públicas já implementadas, as violências praticadas contra as mulheres apresentam índices alarmantes e crescentes, ainda existindo inúmeros problemas que dificultam a coibição de sua prática de maneira efetiva.

O machismo, o patriarcado, as desigualdades e as discriminações de gênero continuam a influenciar diretamente na perpetuação da prática de todas as formas de violência. Assim, fatores estruturais como esses demonstram o quão necessário é que sejam repensadas as formas de prevenção, enfrentamento e de combate a esse tipo de violência, a fim de que seja realmente possível romper com esse contexto.

A violência contra as mulheres, considerada como um grave problema histórico-social, pode ser identificada como sendo um fenômeno violador de direitos humanos e garantias fundamentais das mulheres, o que provoca e desencadeia inúmeros outros desafios, envolvendo tanto a saúde física e psicológica das mesmas, como o desenvolvimento humano e a constituição de uma sociedade mais justa e igualitária.

Diante disso, a educação pode ser identificada como uma resposta fundamental para a prevenção da violência contra as mulheres, principalmente a partir da implementação de uma perspectiva de gênero nas instituições básicas de ensino. Destaca-se que o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, também, a Lei 11.340/2006 já abordam em suas disposições a respeito da educação como sendo um possível mecanismo para a criação de um ambiente seguro, igualitário e que respeite os direitos e as liberdades.

A educação exerce um notório papel frente à prevenção da violência contra as mulheres, tendo em vista se tratar de um mecanismo capaz de promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres, além de desconstruir estereótipos, desafiando as estruturas sociais embasadas em ideais patriarcais e que perpetuam as desigualdades e violências de gênero. Ademais, através da educação é possível realizar a capacitação e a conscientização dos indivíduos visando a compreensão sobre todas as formas de violência, sobre os direitos das mulheres e todos os mecanismos de proteção dispostos em lei.

Corroborando com esse cenário, a recente Lei n. 14.164/2021 passa a abordar em específico a respeito da educação de gênero a ser implementada na educação básica, com o objetivo de inserir assuntos sobre direitos humanos e a respeito da prevenção da violência praticada contra as mulheres, crianças e adolescentes nos currículos escolares e de instituir uma semana escolar sobre o combate à violência contra a mulher. Através da referida Lei é possível ampliar a discussão envolvendo o

papel da educação como um fator importante para a prevenção da violência contra as mulheres, principalmente por se tratar de um ambiente que impacta na formação e no desenvolvimento das novas gerações.

Contudo, ainda que seja um importante mecanismo, não há como considerar que o problema está resolvido. A educação, de maneira isolada, não se torna suficiente para combater ou eliminar a violência praticada contra as mulheres. Novos debates surgem com a criação da Lei, principalmente porque as atividades previstas dependem de investimentos, apoio, implementação e de capacitação para que tenham efetividade. É imprescindível que haja uma atuação conjunta, envolvendo políticas públicas eficazes, a implementação e a execução da legislação, serviços de proteção em rede, campanhas e movimentos para informação e conscientização, além de mudanças sociais profundas.

Nesse sentido, sem esgotar a temática, em resposta ao problema de pesquisa proposto inicialmente, destaca-se que, com base na Lei n. 14.164/2021, a educação possui um papel transformador e que pode auxiliar, através da inclusão de uma perspectiva de gênero, para romper com o ciclo de perpetuação das desigualdades, discriminações, opressões, violências e violações de direitos humanos das mulheres. Visto isso, a partir do crescente número de casos envolvendo situações de violência contra as mulheres no país, torna-se cada vez mais urgente que sejam implementados novos mecanismos de prevenção, enfrentamento e combate ao problema, como a concretização de uma educação baseada em aspectos de gênero e recortes interseccionais.

A referida Lei demonstra a importância da educação enquanto sendo uma ferramenta para a prevenção da violência contra as mulheres, a qual desempenha um papel variado, envolvendo desde aspectos como a conscientização sobre a gravidade da violência de gênero e sobre os direitos das mulheres, como oportunizando o empoderamento das mesmas, atuando na prevenção da violência a partir da busca pela desconstrução da estrutura cultural e social em que ela se perpetua, bem como sendo um importante mecanismo de capacitação de profissionais e para que haja uma crescente mobilização da sociedade para o enfrentamento e rompimento do atual cenário. Assim, torna-se essencial que sejam realizados investimentos na educação com objetivo de promover a igualdade e a construção de uma sociedade livre de violências, discriminações e estereótipos de gênero.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia Silva; SANTOS, Natália de Souza. Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial para a garantia do acesso à justiça às mulheres em situação de violência. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel; FONTOURA, Isadora Hörbe Neves da (org.). **Gênero, direitos sociais e políticas públicas**. Cruz Alta: Ilustração, 2022, p. 197-220.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Unicef, [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 set. 2023.

BERNARDES, Thais. **O papel da educação no combate à violência contra a mulher**. Fundação Roberto Marinho, Futura, Fundação Itau, 2021. Disponível em: <https://futura.frm.org.br/conteudo/midias-educativas/noticia/o-papel-da-educacao-no-combate-violencia-contramulher>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.586, de 27 de novembro de 2018**. Institui o Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres e o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9586.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14164.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BUENO, Samira *et al* (org.). **Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 4 ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Instituto de Pesquisas Datafolha, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/03/visiveleinvisible-2023-relatorio.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

BUENO, Samira *et al* (org.). O crescimento de todas as formas de violência contra a mulher em 2022. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anu-**

ário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 136-145, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel. **Gênero, sociedade e políticas públicas:** debates contemporâneos. Cruz Alta: Ilustração, 2022.

DIEHL, Rodrigo Cristiano; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Práticas restaurativas: uma nova abordagem das políticas públicas de prevenção a violência doméstica contra mulheres. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 2, p. 221-234, mai./ago. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7979>. Acesso em: 24 set. 2023.

FERREIRA, Meiry de Paula. **Educação:** prevenção da violência contra as mulheres? 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Escola de Formação de Professores e Humanidades, Goiânia, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucgoias.edu.br/bitstream/tede/4389/2/Meiry%20de%20Paula%20Ferreira.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

HOOKS, Bell. **Ensinando a transgredir:** a educação como prática da liberdade. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 4ª Edição (DataFolha/FBSP, 2023).** Instituto Patrícia Galvão, [2023]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-4a-edicao-datafolha-fbsp-2023/>. Acesso em: 24 set. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Brasil: Nações Unidas, set. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 25 set. 2023.

OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. **Boletim técnico.** Gênero e violência política. Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2023/04/boletim-omv-abril-23.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

ONU MULHERES. **A educação é peça-chave para a implementação da Lei Maria da Penha.** 2017. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/a-educacao-e-peca-chave-para-a-implementacao-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 22 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Violência contra as mulheres.** [s.d.]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 22 set. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA EXPLOTACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL DOMÉSTICO.

Maria Eliza Leal Cabral¹

Vitória Bandeira da Silva²

RESUMO:

A presente pesquisa trata da regulamentação jurídica contra a exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil. O objetivo geral concentrou-se em estudar o conceito da exploração do trabalho infantil doméstico para a formulação de políticas públicas para o seu enfrentamento. O problema de pesquisa se desenvolve a partir do seguinte questionamento: qual é o conceito de trabalho infantil doméstico, estabelecido pela proteção jurídica brasileira contra a exploração do trabalho infantil? Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, artigos e teses sobre o tema, busca-se apresentar os dados oficiais do trabalho infantil doméstico no Brasil, analisar as causas determinantes e sistematizar a proteção jurídica brasileira contra a exploração do trabalho infantil doméstico. A abordagem é qualitativa de método dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que embora o Brasil tenha avançado em relação à elaboração da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil doméstico, os indicadores oficiais demonstram que a formulação e a implementação de políticas públicas de enfrentamento são os principais desafios nesse cenário de desigualdade.

Palavras-chave: Criança e adolescente; trabalho infantil doméstico; proteção jurídica; políticas públicas.

RESUMEN

La presente investigación trata sobre la regulación jurídica contra la explotación del trabajo infantil doméstico en Brasil. El objetivo general se centró en estudiar el concepto de explotación del trabajo infantil doméstico para la formulación de políticas públicas para su enfrenta-

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa/taxa CAPES, modalidade II (2020). Professora universitária. Colaboradora externa do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Colaboradora externa do Núcleo de Estudos em Gênero e Raça - NEGRA, vinculado ao PPGD/UNESC. Colaboradora externa do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA), vinculado à URCAMP/Bagé. Endereço eletrônico: melizacabral@gmail.com.

² Pós-graduada em Direito pela Faculdade Dom Alberto (2023) colaboradora externa do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC. Endereço eletrônico: vitoriabandeira08@hotmail.com

miento. El problema de investigación se desarrolla a partir de la siguiente pregunta: ¿cuál es el concepto de trabajo infantil doméstico establecido por la protección jurídica brasileña contra la explotación del trabajo infantil? Utilizando investigación bibliográfica, con fuentes como libros, artículos y tesis sobre el tema, se busca presentar los datos oficiales del trabajo infantil doméstico en Brasil, analizar las causas determinantes y sistematizar la protección jurídica brasileña contra la explotación del trabajo infantil doméstico. El enfoque es cualitativo con un método deductivo y el método de procedimiento es monográfico con técnicas de investigación bibliográfica y documental. Se concluyó que, aunque Brasil ha avanzado en relación con la elaboración de la protección jurídica contra la explotación del trabajo infantil doméstico, los indicadores oficiales demuestran que la formulación y la implementación de políticas públicas de enfrentamiento son los principales desafíos en este escenario de desigualdad.

Palabras clave: Niño y adolescente; trabajo infantil doméstico; protección jurídica; políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

A exploração do trabalho infantil doméstico é um grave problema social que atinge um grande contingente de crianças e adolescentes no Brasil, sendo a situação de pobreza uma das principais causas determinantes. Segundo os dados oficiais, o trabalho infantil doméstico atinge, em sua grande maioria, meninas negras, razão pela qual os recortes de raça e de gênero tornam-se fundamentais no contexto da formulação e implementação de políticas públicas.

O objetivo geral desta pesquisa é estudar o conceito da exploração do trabalho infantil doméstico para a formulação e implementação de políticas públicas para o seu enfrentamento. Os objetivos específicos consistem em apresentar o contexto do trabalho infantil doméstico a partir dos dados oficiais e das causas determinantes e sistematizar a proteção jurídica brasileira contra a exploração do trabalho infantil doméstico.

O problema de pesquisa se desenvolve a partir do seguinte questionamento: qual é o conceito de trabalho infantil doméstico, estabelecido pela proteção jurídica brasileira contra a exploração do trabalho infantil?

A metodologia consiste na utilização do método de abordagem dedutivo e no método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A investigação do tema se justifica diante dos elevados indicadores de meninas em situação de trabalho infantil, especialmente de meninas negras, bem como diante da fragmentariedade das políticas públicas para o seu enfrentamento. O impacto social desta pesquisa reside na contribuição para a estruturação das políticas públicas brasileiras de prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico, a partir do

compartilhamento de atribuições dos profissionais das redes de atendimento e dos atores do Sistema de Garantias de Direitos, sob o enfoque do compromisso com a luta antirracista.

Este estudo é fruto das pesquisas realizadas junto ao projeto de pesquisa sobre a violação de direitos de crianças e adolescentes: articulação intersetorial de políticas públicas de atendimento, proteção e justiça, vinculado ao Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e ao Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

O presente artigo está estruturado em dois tópicos. O primeiro tópico trata sobre o contexto da exploração do trabalho infantil doméstico, a partir dos elementos de raça, gênero, e classe, enquanto o segundo tópico busca sistematizar a proteção jurídica brasileira contra a exploração do trabalho infantil doméstico, apresentando o conceito de trabalho infantil doméstico para servir como base para estudos futuros acerca da articulação das políticas públicas nesse cenário.

2 O CONTEXTO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

Por trata-se de um problema multidimensional, a análise acerca do contexto da exploração do trabalho infantil doméstico requer, necessariamente, a investigação preliminar acerca de três aspectos principais: raça, gênero e classe. Isso porque a grande maioria de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil doméstico são meninas negras e pobres.

Os indicadores acerca da exploração do trabalho infantil doméstico diminuíram nos últimos anos, entretanto, os números permanecem elevados. Segundo o Relatório do Trabalho Infantil Doméstico no Brasil, formulado pelo Fórum FNPETI, entre 2016 e 2019, o universo de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos, trabalhadoras infantis domésticas diminui de 108 mil em 2016 para cerca de 84 mil em 2019, de modo que o contingente de trabalhadora infantis concentrou-se nos estados do Pará, Bahia e Minas Gerais (FNPETI, 2022).

Por outro lado, embora os indicadores apresentados pelo FNPETI sejam elevados, por si só, os números de meninas em situação de trabalho infantil doméstico são ainda maiores na realidade, visto que se trata de uma violação de direitos humanos e fundamentais que ocorre dentro de casa, razão pela qual está encoberta pelo manto da invisibilidade, o que dificulta a formulação de diagnósticos e planos de ação para a formulação e implementação de políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico.

Quando analisado o contexto do trabalho infantil doméstico, os dados levantados pelo FNPETI apontam que o mesmo foi exercido majoritariamente por meninas

na faixa etária de 14 a 17 anos, negras, residentes nas cidades que frequentavam a escola (FNPETI, 2022). Em razão disso, a análise sobre o elemento racial torna-se essencial nesse cenário, pois ignorar essa informação acarreta na manutenção e na legitimação das desigualdades raciais e, conseqüentemente, na reprodução dos indicadores de meninas negras em situação de trabalho infantil.

São crianças negras que desde pequenas têm seus cabelos e outros traços fisionômicos diminuídos, especialmente na escola; que crescem com pouca ou nenhuma referência de representatividade positiva na TV ou nas prateleiras das lojas de brinquedo; que aprendem desde cedo a sonhar com príncipes loiros e alvas princesas de filmes infantis. Ao longo de suas vidas, serão confrontadas com muitos obstáculos difíceis de transpor: dos postos mais altos no mercado de trabalho, das universidades de ponta, de clubes e casas de lazer, dos restaurantes elegantes (onde nem o garçom pode ser negro), das batidas policiais, do táxi que, mesmo vazio, recusa-se a parar (Schwarcz; Menezes Neto, 2016, p. 34).

Além de estar relacionado à cultura adultocêntrica e menorista que desvaloriza a peculiar condição de pessoas em processos em desenvolvimento, o trabalho infantil doméstico está atrelado ao passado escravocrata e colonial que permanece violando os direitos humanos e fundamentais de corpos negros na contemporaneidade. Dessa forma, “num país marcado pela desigualdade de oportunidades e por grande assimetria de acesso a direitos, a escravidão, embora formalmente extinta, encontrou terreno fértil para fazer perdurar seus efeitos (Schwarcz; Menezes Neto, 2016, p. 31).

A análise sobre como a raça opera na reprodução dos indicadores de meninas negras em situação de trabalho infantil doméstico é fundamental, pois se desenvolve a partir da criação da noção de raça superior (branco-europeia), detentora de superioridade física, moral e intelectual, enquanto o negro foi racializado em posição de subalternidade, a partir de estigmas e estereótipos que negam a sua humanidade. Por outro lado, podemos concluir que “o conceito de raça tal como empregamos hoje, nada tem de biológico. É um conceito carregado de ideologia, pois como todas as ideologias, ele esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação” (Munanga, 2004, p. 06).

[...] a sociedade brasileira ainda convive com os fenômenos do racismo, do preconceito racial e da discriminação racial, um dos motivadores da exclusão e marginalização social do negro. A partir do momento em que se reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, percebe-se que muitas dessas crianças e adolescentes cujos direitos são violados são pertencentes à raça negra. E que muitas dessas sofrem como os adultos dos mesmos fenômenos que acabam por excluí-las e desprovê-las dos seus direitos fundamentais (Lima; Veronese, 2011, p. 128).

A inexistência de políticas públicas específicas para o enfrentamento do trabalho infantil doméstico desempenhado por meninas negras é amparado pelo silêncio em relação ao enfrentamento dos elementos responsáveis pela perpetuação das desigualdades sociais. Negar a existência do racismo estrutural, sob a justificativa de que o Brasil convive com o paraíso da democracia racial, busca isentar os brancos de qualquer responsabilidade nesse debate, impedindo que meninas negras desfrutem de uma infância digna.

Em razão disso, o enfrentamento do trabalho infantil doméstico requer a formulação e a implementação de políticas públicas específicas, envolvendo o recorte racial, pois a diminuição dos elevados indicadores nesse cenário envolve, necessariamente, a atuação compartilhada das redes de atendimento e dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos, a partir do enfoque da luta antirracista, desvelando o racismo e inserindo pessoas brancas no centro desse debate, pois são elas que se encontram nos espaços onde ocorre a articulação das políticas públicas.

Além disso, o recorte de gênero torna-se fundamental no contexto do trabalho infantil doméstico, pois “[...] *las tareas domésticas y el cuidado de hermanos menores, afectan especialmente a las niñas, estas tareas son invisibilizadas, ya que las actividades domésticas habitualmente ni siquiera son reconocidas como trabajo*” (Navarro; Enrique, 2019, p. 10).

A mulher, sob a ótica da dinâmica social, recebe o papel de desempenhar o chamado trabalho de cuidado, ou seja, aquele realizado sem qualquer valorização ou remuneração, pois trata-se de atividade invisível, que ocorre no âmbito do espaço doméstico, sem qualquer reconhecimento. Logo, para que o objetivo acerca da manutenção do sistema patriarcal exploratório seja bem-sucedido é necessário que corpos femininos sejam subalternizados.

Na tentativa de naturalizar e de reproduzir a exploração do trabalho infantil doméstico, grande parcela da sociedade denomina como tarefa o que, na realidade, se trata de trabalho infantil doméstico. Nesse contexto, tarefa consiste na contribuição de crianças e adolescentes no espaço de convivência familiar, de acordo com as suas capacidades físicas e psicológicas, enquanto o trabalho infantil doméstico é evidenciado quando crianças e adolescentes assumem responsabilidades típicas de adultos.

O fator econômico, sem sombra de dúvidas, consiste em uma das principais causas do trabalho infantil doméstico, já que a situação de pobreza abrange grande parte da população brasileira. Diante da baixa renda auferida pelos pais, crianças e adolescentes são compelidos a ingressar no mercado de trabalho antes da idade adequada, desempenhando atividades nefastas ao desenvolvimento saudável e que acarretam na reprodução do ciclo intergeracional da pobreza e na diminuição das possibilidades futuras de emancipação.

Por outro lado, embora o fator econômico seja a principal causa para a exploração do trabalho infantil, não figura como única determinante, pois a exploração do tra-

balho infantil também resulta da cultura que o legitima como meio de subsistência das famílias pobres. O fator cultural, nesse contexto, envolve os mitos que reproduzem o trabalho infantil e negam as graves consequências que dele decorrem (Leme, 2012).

A pesquisa do FNPETI também aponta acerca das condições econômicas do trabalho de crianças e adolescentes que exerciam, de modo que trabalhavam por longas horas, com rendimentos muito baixos. A atividade de trabalho não encerrava com o fim da jornada, pois 90% das trabalhadoras infantis domésticas exerciam afazeres domésticos nos domicílios em que residiam (FNPETI, 2022).

No Brasil, a população sempre começou a trabalhar muito cedo, principalmente impulsionada pela pobreza, pois quanto mais baixa a origem sócio-econômica, maior a possibilidade de ingresso precoce no mundo do trabalho. Para que fosse considerado legítimo esta inserção, o próprio Estado Brasileiro constitui um conjunto de políticas de caráter moralizador que dignifica o trabalho acima de tudo (Custódio; Veronese, 2007, p.87).

A exploração da mão de obra infantil se encontra presente não apenas nos países em desenvolvimento, mas também nos países já desenvolvidos, uma vez que permanecem elevados os indicadores de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil. Em razão disso, a formulação de ações e estratégias para a erradicação do trabalho infantil envolve, sobretudo, o enfrentamento acerca de suas causas determinantes (Reis, 2015).

No entendimento de Custódio (2009, p. 97 -98), o trabalho infantil doméstico:

apresenta como consequências a desmobilização social, o isolamento da criança e do adolescente, características de uma sociedade que convive com a competitividade e a individualização das relações sociais. Afinal, o que significa para uma menina trabalhar em outra casa, senão o cerceamento de todas as possibilidades de usufruir das condições necessárias para o seu desenvolvimento? É por isso que o trabalho infantil doméstico também é fator que legitima, porque oculta a omissão do Estado em garantir as políticas públicas de atendimento à criança e do adolescente.

Portanto, a implementação e a articulação de políticas públicas a partir da atuação compartilhada das redes de atendimento e dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos se impõe no contexto brasileiro de exploração do trabalho infantil doméstico. Esse cenário requer, sobretudo, a formulação de políticas públicas específicas para meninas negras, a partir do compromisso ético-político com a luta antirracista, bem como frente ao combate dos efeitos nefastos do racismo estrutural aos corpos negros.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

A proteção da criança e do adolescente tornou-se objeto de grande preocupação internacional ao longo dos anos, através da criação de normas protetivas que visam primeiramente a garantia de direitos básicos aos seres humanos, a proteção jurídica de crianças e adolescentes, ganhou espaço por meio de legislações universais com força global. Muito porque a precarização do trabalho, fenômeno característico em diversas partes do mundo, colocou crianças e adolescentes no centro de diversas violações de direitos (Teixeira; Miranda, 2013).

Lima (2000, p. 17) destaca que:

Em épocas de crise como a que vivemos hoje, com aumento do desemprego, da informalidade nas relações de trabalho e aprofundamento das desigualdades sociais, o resultado é o recrudescimento da exposição ao trabalho precoce.

Dessa forma, em razão de sua situação peculiar de desenvolvimento é necessária uma proteção específica às crianças e adolescentes, para que estejam livres de qualquer exploração econômica comumente relacionada com o trabalho realizado por estes antes da idade mínima permitida (Custódio, 2002)

Trata-se de fato, do reconhecimento desses sujeitos, como pessoas de direitos, conforme ainda esclarece o autor:

Essa nova concepção situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de “medidas tuteladoras”, o que implica reconhecer a criança e o adolescente sob a perspectiva de sujeitos de direitos (Custódio, 2002, p 57).

Em contrapartida a isso, o caminho até a chegada ao modelo de concepção adotado atualmente - da proteção integral - foi traçado durante anos. A articulação de diversos institutos que serviram como base para a concepção atual, se construiu aos poucos, e embora seja um trabalho conjunto, cada instituto tem sua própria notabilidade individualmente (Reis, 2015).

A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil encontra forte amparo na Convenção sobre os Direitos da Criança, tratado internacional que teve grande apoio global ratificado por 196 países ao redor do mundo. Considera-se que foi a pioneira em abarcar a teoria da proteção integral, sendo pontapé inicial para a criação de políticas destinadas ao combate ao trabalho precoce (Cabral, 2020)

Ratificada pelo Brasil em 1990 através do Decreto 99.710, a Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe sobre a proibição do desempenho de qualquer trabalho realizado por crianças e adolescentes que possa vir a ser prejudicial para o seu pleno desenvolvimento:

Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. (ONU, 1989)

Dessa forma, a Convenção tornou-se um marco universal de proteção aos direitos da Criança e do Adolescente, criando regras que devem ser seguidas por todo o mundo, com a responsabilidade geral de todos os Estados- parte em zelar por sua aplicabilidade, através de políticas públicas adequadas para a realidade de cada país (Moreira, 2020). Essas políticas passam por diversas outras vertentes como o enfrentamento à desigualdade social, que é primordial quando se fala em erradicação do trabalho infantil, eis que a maior causa para o trabalho precoce, é justamente a situação de extrema pobreza que atinge mais 40% das crianças e adolescentes no mundo (Onu, 2016).

A Convenção ratifica os textos já expressos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos internacionais de Direitos Humanos, que dispõem a prerrogativa de que toda e qualquer pessoa tem direito a ser respeitada, independentemente de raça, cor, idade ou sexo (Veronese, 2015). Com isso, a normativa está pautada principalmente na dignidade da pessoa humana, onde a garantia de direitos básicos aos seres humanos, é capaz de preservá-lo de outras violações (Onu, 2016).

Sob o mesmo viés, a Declaração Universal dos Direitos da Criança dispõe em seu princípio XI que:

Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

Nota-se que a concepção utilizada tanto na Convenção, quanto na Declaração, é muito semelhante. Tratam de proteger aqueles que não podem assim fazer por conta própria, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento. Esse é o entendimento que vem orientando as decisões judiciais e extrajudiciais a respeito do tema direito da criança e do adolescente (Pereira, 2011)

Não obstante, é importante considerar que a Declaração apenas sugere aos Estados, princípios que, tem a liberalidade de aplicar ou não, enquanto a Convenção

impõe o cumprimento por parte dos Estados parte, exigindo inclusive a emissão de relatórios de acompanhamento da incorporação dessas normas no sistema jurídico do país (Veronese, 2013).

Destaca-se o papel importante da Organização Internacional do Trabalho - OIT nessa temática, eis que possui duas Convenções que desempenham papel de destaque no contexto do trabalho infantil: a Convenção nº 182, que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil, e as recomendações para sua eliminação e a Convenção nº 138, que trata sobre os limites mínimos de idade para o trabalho, gerando a obrigação aos países de se adequarem a tal determinação através de políticas públicas que visem a prevenção e erradicação do trabalho infantil (Cabral, 2020).

A Organização Internacional do trabalho - OIT- lançou o Programa Nacional para eliminação do trabalho infantil - IPEC, que prioriza o incentivo a políticas públicas voltadas a erradicação progressiva o trabalho infantil em busca de alternativas eficazes para retirar crianças de trabalhos perigosos, além de promover a conscientização da população a fim de romper pré-conceitos (Kassouf, 2007)

A Convenção nº 182 da OIT, aprovada em 16 de junho de 1999, ao disciplinar sobre as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, impõe aos Estados-partes o dever de adotarem medidas eficazes, de caráter imediato, a fim de promover a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil.

Em atenção à Convenção nº 182, especialmente com relação aos artigos 3º e 4º, que estabelecem critérios para a elaboração das listas sobre as piores formas de trabalho infantil, por parte dos Estados, da sociedade civil e das organizações, o Brasil orienta suas políticas públicas de enfrentamento às piores formas de trabalho infantil a partir Decreto nº 6.481 de 12 de junho de 2008, conhecida como Lista TIP, a qual define as modalidades de trabalhos gravemente perigosos e prejudiciais ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, dentre as quais está inserido o trabalho infantil doméstico.

Por sua vez, a Convenção nº 138, aprovada em 1973 e, com vigência a partir de 1976, estabelece que o Estado-membro deve definir uma idade mínima para admissão no emprego, que não poderá ser inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória e, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos. Além disso, levando em consideração as convenções anteriores, que disciplinavam a idade mínima para admissão no trabalho, a Convenção nº 138 estabelece a idade mínima de dezoito anos para admissão em serviços que possam ser prejudiciais à saúde, à segurança e à moral do jovem.

Já no contexto brasileiro, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e ao próprio Estatuto da Criança do adolescente, que as crianças e adolescentes passaram a ser vistas como sujeitos de direitos e de deveres. A partir de então criou-se o limite mínimo de idade para o exercício da atividade laborativa, que

é de dezesseis anos, ressalvando-se trabalho na condição de aprendiz aos 14 anos; sendo vedado ainda, qualquer trabalho em condição insalubridade ou perigosa para os menores de dezoito anos (Correia, 2018).

Tal disposição consta expressa no texto artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal, onde é possível visualizar o conceito do trabalho infantil, que é justamente a vedação ao exercício do trabalho antes dos quatorze anos de idade, essa norma buscar além de fortificar o conceito do trabalho infantil como uma forma de violência, assegura que outros direitos não sejam violados, como, a educação (Custódio, Cabral, 2019)

A normativa está alinhada ao propósito de proteção integral, onde se tem crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, enfatizando a necessidade de se observar o limite etário para que o adolescente possa ingressar no mercado de trabalho, propiciando a proteção desse grupo mais vulnerável (Reis, 2015)

No âmbito infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 60 determina que é “proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz”. Embora o artigo em questão preveja a possibilidade do exercício do trabalho antes dos quatorze anos na condição de aprendiz, o texto deve ser analisado em consonância ao inciso XXXIII do art. 7º da CF, que veda o trabalho antes dos quatorze anos de idade.

Sob essa perspectiva, o Estatuto não define de maneira específica o conceito de trabalho infantil. Esse conceito é, na verdade, regido pelas configurações gerais de idade estabelecidas pela Constituição. Isso ocorre porque não é seguro fazer uma distinção entre crianças e adolescentes no que diz respeito aos limites de proteção já garantidos (Custódio; Veronese, 2009)

Além disso o Estatuto implementou uma estratégia de defesa das crianças e dos adolescentes, visando principalmente garantir seus direitos, protegendo-os de maneira abrangente contra violações e buscando eliminar o trabalho infantil doméstico (Veronese; Custódio, 2013)

Ao restringir o trabalho exercido por crianças e adolescente em locais prejudiciais a seu desenvolvimento, principalmente àqueles realizados nos horários e locais que não permitam a frequência na escola, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça a proibição dos trabalhos perigosos e insalubres, e amplia a abrangência de proteção à criança e ao adolescente, ao incluir entre as proibições os trabalhos penosos (Custódio; Veronese, 2009)

Contudo, nota-se que há grande envolvimento estatal no sentido de criação de regulamentações jurídicas que visem a erradicação do trabalho infantil, priorizando, em todos os aspectos o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes independentemente do contexto ao qual estão inseridos. A criação de normas regulamentadoras é um dos primeiros pontos a serem considerados na formulação de políticas

públicas de enfrentamento ao trabalho infantil, de forma interligada e em consonância com a tríplice responsabilidade do Estado, da família e da sociedade em zelar pela proteção integral das crianças e adolescentes (Freitas; Ramos, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil doméstico, considerado uma das piores formas de trabalho infantil, apresenta elevados indicadores no cenário brasileiro e trata-se de problema social que envolve diversos obstáculos para o seu enfrentamento, pois suas causas determinantes são complexas e multidimensionais e, além disso, possui três fatores que merecem destaque: subnotificação, desigualdade de gênero e desigualdade racial.

A fragilidade das políticas públicas de enfrentamento do trabalho infantil doméstico também figura como obstáculo nesse cenário, pois a redução dos indicadores de trabalho infantil doméstico, no campo prático, envolve necessariamente a integração entre as redes de atendimento e os órgãos do Sistema de Garantias de Direitos, a partir do compartilhamento de atribuições.

Os recortes de gênero e de raça tornam-se fundamentais no contexto da investigação acerca do trabalho infantil doméstico, uma vez que os indicadores oficiais apontam que a grande maioria de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil doméstico são meninas negras. Por isso, é imprescindível a elaboração e implementação de políticas públicas específicas de prevenção e erradicação para o enfrentamento do trabalho infantil doméstico desempenhado por meninas negras.

A proteção jurídica brasileira contra o trabalho infantil doméstico atende aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para o enfrentamento do trabalho infantil, especialmente na Convenção sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU), da Convenção nº 138, sobre a os limites mínimos de idade para o trabalho e da Convenção nº 182, sobre as piores formas de trabalho infantil e ações imediatas para a sua eliminação, ambas na Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No âmbito brasileiro, o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal proíbe a realização de qualquer tipo de trabalho antes dos dezesesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade, conforme disciplina a Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Por sua vez, os trabalhos perigosos, insalubres ou penosos; os prejudiciais à moralidade; os noturnos; os trabalhos realizados em locais e horários que prejudiquem a escola ou que tenham possibilidade de provocar prejuízos ao desenvolvimento físico e psicológico são proibidos antes dos dezoito anos de idade.

O trabalho infantil doméstico, por envolver atividades perigosas, insalubres e penosas, é expressamente proibido antes dos dezoito anos de idade, pois trata-se de

uma das modalidades de piores formas de trabalho infantil, conforme a Convenção nº 182 da OIT e a Lista TIP, em razão das múltiplas consequências ao desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes.

Diante de problema de pesquisa apresentado, que investigou sobre o conceito de trabalho infantil doméstico, conclui-se que se trata do trabalho desempenhado antes dos limites mínimos de idade, estabelecidos pela Constituição Federal e regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Por tratar-se de trabalho perigoso, penoso e insalubre, o trabalho infantil doméstico é aquele realizado antes dos dezoito anos de idade.

Embora grande parcela da sociedade, na tentativa de reproduzir a exploração do trabalho infantil doméstico, busque designar o trabalho infantil como tarefa, ambos não se confundem, pois tarefa consiste na contribuição de crianças e adolescentes no espaço de convivência familiar, de acordo com as suas capacidades físicas e psicológicas, enquanto o trabalho infantil doméstico é evidenciado quando crianças e adolescentes assumem responsabilidades típicas de adultos.

Os principais resultados revelam que embora o Brasil tenha avançado em relação à elaboração da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil doméstico, os elevados indicadores oficiais demonstram que a formulação e a implementação de políticas públicas de enfrentamento são os principais desafios que se impõem nesse cenário de desigualdade e opressão, a partir da atuação compartilhada e articulada entre as redes de atendimento e os órgãos do Sistema de Garantias de Direitos

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

CABRAL, Maria Eliza. **As políticas públicas de enfrentamento do trabalho infantil nas cadeias produtivas da agricultura familiar.** 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

CORREIA, Thayná. **O trabalho infantil rural no Município de Rancho Fundo: sentidos e percepções das famílias agricultoras.** 2018. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) - Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina.

CUSTÓDIO, André Viana. **O trabalho da criança e do adolescente: uma análise da capacidade jurídica e das condições para o seu exercício no direito brasileiro**. 2002. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CUSTÓDIO, VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2007.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (FNPETI). **Trabalho infantil doméstico no Brasil: análises estatísticas**. Brasília: FNPETI, 2022. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/media/publicacoes/arquivo/O_trabalho_infantil_doméstico_no_Brasil_-_análises_e_estatísticas.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

KASSOUF, Ana Lucia. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? **Nova Economia**, [S. l.], v. 17, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://revistas.face.ufmg.br/index.php/nova-economia/article/view/490>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

LEME, Luciana Rocha. **Políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil no campo**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

FREITAS, Higor Neves de; RAMOS, Fernanda Martins. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil. **Revista Jurídica em Pauta**, v. 1, n. 2, São Paulo, 2016.

LIMA, Consuelo Generoso Coelho. Trabalho precoce, saúde e desenvolvimento mental. In: **Ministério do Trabalho e Emprego**. Proteção integral para crianças e adolescentes, fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem. Florianópolis: DRT/SC, 2000.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial**. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011. 128 p.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente**. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: **Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira**. [S.l: s.n.], 2004.

NAVARRO, Marcelo Jorge; ENRIQUE, Daniela Sánchez. Educación, trabajo infantil y derechos humanos en el noroeste argentino. **Revista Educación [en línea]**. v. 43(1), p. 1-20, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos da Criança**. 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 29 de novembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável**: dos ODM aos ODS. 2016. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>>. Acesso em: 25 de novembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e promulgada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

PEREIRA, Creusimari Conceição. **Inclusão de pessoas com deficiência em espaços não formais de educação**: um estudo dos Centros para Crianças e Adolescentes. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-04082011-151447/pt-br.php/>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SCHWARCZ, Lília Moritz; MENEZES NETO, Hélio. Quando o passado atropela o presente: notas de um Brasil que insiste no racismo. **Revista Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, p. 31-35, 2016.

REIS, Suzéte da Silva. **Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei; MIRANDA, Leticia Aguiar. A Convenção nº 182 da OIT, o combate às piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua erradicação: breve estudo. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 53-66, jan./dez. 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista TST**, Brasília, v. 79, 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 nov. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho Infantil Doméstico no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. 276 p.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MÁ GESTÃO PATRIMONIAL: ANÁLISE CASO LARISSA MANOELA

VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS Y ADOLESCENTES POR MALA GESTIÓN DE PATRIMONIOS: ANÁLISIS DEL CASO LARISSA MANOELA

André Viana Custódio¹

Camila Conrad²

RESUMO

O trabalho foca na gestão patrimonial de bens e ativos de crianças e adolescentes, com ênfase no caso de Larissa Manoela. Seu objetivo é analisar as implicações dessa gestão, explorando os limites do poder parental e a eficácia da legislação brasileira na proteção dos direitos patrimoniais. O estudo questiona como a gestão reflete as falhas da legislação brasileira em proteger os seus direitos, hipotetizando que há lacunas significativas resultando em violações. Com abordagem dedutiva, procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica, os resultados apontam para a necessidade de reformas legislativas e uma abordagem mais abrangente para assegurar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: criança e adolescente; poder familiar; gestão patrimonial; violação de direitos;

RESUMEN

El trabajo se centra en la gestión patrimonial de niños, niñas y adolescentes, con énfasis en el caso de Larissa Manoela. Su objetivo es analizar las implicaciones de esta gestión, explorando los límites del poder parental y la eficacia de la legislación brasileña en la protección de los

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direito”, financiado pelo CNPQ e do projeto institucional de pesquisa “Violação de direitos de crianças e adolescentes: articulação intersetorial de políticas públicas de atendimento, proteção e justiça”; Consultor em políticas públicas. E-mail: andrecustodio@unisc.br.

² Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC) com Bolsa PROSUC/CAPEES; Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. E-mail: milaconrad@gmail.com.

derechos de propiedad. El estudio cuestiona cómo la gestión refleja las fallas de la legislación brasileña para proteger sus derechos, planteando la hipótesis de que existen lagunas importantes que resultan en violaciones. Con un enfoque deductivo, procedimiento monográfico y técnicas de investigación bibliográfica, los resultados apuntan a la necesidad de reformas legislativas y un enfoque más integral para garantizar los derechos fundamentales.

Palabras clave: niño y adolescente; poder familiar; gestión de activos; violación de derechos;

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a investigar e analisar as implicações éticas, legais e sociais da gestão patrimonial no caso de Larissa Manoela, uma figura pública brasileira que, desde a infância, esteve sob os holofotes da mídia e do entretenimento. Este estudo é de suma importância, pois lança luz sobre as complexidades e desafios enfrentados na gestão patrimonial de crianças e adolescentes, especialmente aqueles que, como Larissa Manoela, começam a acumular um patrimônio significativo desde criança.

A relevância deste estudo reside não apenas na análise de um caso específico, mas também na sua capacidade de refletir sobre a eficácia da legislação brasileira atual em proteger os direitos patrimoniais e pessoais de crianças e adolescentes. A gestão patrimonial é um tema que cruza linhas éticas, legais e sociais, exigindo uma abordagem cuidadosa para garantir que os direitos fundamentais não sejam violados.

Além disso, o estudo do caso de Larissa Manoela oferece uma oportunidade única para examinar as interseções entre o poder parental, a legislação vigente e as práticas de gestão patrimonial. Ao explorar a extensão e os limites do poder parental em relação à gestão patrimonial, este trabalho busca identificar como a legislação brasileira atual regula e protege o patrimônio de crianças e adolescentes, e quais as potenciais lacunas que podem levar a violações de direitos.

Tem como objetivo de investigar e analisar as implicações éticas, legais e sociais da gestão patrimonial do caso emblemático, identificando as implicações éticas, legais e sociais dessa gestão e as consequentes violações de seus direitos. Para a pesquisa, foi realizada uma revisão bibliográfica de leis, regulamentações e literatura acadêmica relacionadas à gestão patrimonial de crianças e adolescentes. Em vista disso, como a gestão patrimonial inadequada ou exploratória de bens e ativos de Larissa Manoela resultou em violações de seus direitos fundamentais, e quais são as implicações legais e éticas associadas a esse caso?

Para responder tal questionamento, adota-se o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A hipótese central é que a gestão patrimonial no caso de Larissa Manoela revela falhas significativas nas estruturas legais e práticas existentes, apontando para

a necessidade de reformas e maior conscientização sobre os direitos de crianças e adolescentes em contextos semelhantes. Portanto, este estudo não apenas contribui para o entendimento específico do caso em análise, mas também tem o potencial de influenciar positivamente a formulação de políticas e práticas mais eficazes e justas na gestão patrimonial de crianças e adolescentes.

A análise dos textos apresentados revela resultados significativos sobre a complexidade da gestão patrimonial e dos direitos de crianças e adolescentes em contextos de carreiras lucrativas, como ilustrado pelo caso de Larissa Manoela. A pesquisa destaca a necessidade de uma legislação mais robusta e mecanismos de proteção mais eficazes para jovens artistas, evidenciando lacunas na legislação atual em relação à administração financeira e patrimonial por parte dos pais ou responsáveis. Além disso, os resultados apontam para a importância de uma maior transparência e supervisão na gestão dos bens de crianças e adolescentes por seus pais ou tutores, bem como a necessidade de mecanismos legais que assegurem a autonomia financeira e a proteção contra a exploração econômica e psicológica.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA GESTÃO PATRIMONIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

2.1 AUTORIDADE PARENTAL, INCAPACIDADE E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O poder parental conforme estabelecido na legislação brasileira, engloba um conjunto de direitos e deveres que incluem, mas não se limitam a cuidado, proteção, educação e administração dos bens dos filhos. No entanto, este poder não é absoluto e encontra limites claros, especialmente quando se trata de gestão patrimonial. A legislação brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 e do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelecem salvaguardas para proteger o patrimônio de crianças e adolescentes, evitando abusos ou má gestão por parte dos responsáveis.

De acordo com a interpretação da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade dos pais em relação à criação, educação e assistência aos filhos é limitada ao período de maioridade. Este conceito, também referido como autoridade parental, uma terminologia que melhor reflete seu significado constitucional, levanta questões importantes sobre a extensão e a natureza dessa responsabilidade parental (Teixeira; Penalva, 2008, p. 295-296).

O conceito de que a proteção integral deve ser a principal consideração em todas as decisões que as afetam é um pilar fundamental no âmbito do direito da criança e do adolescente. Este princípio, central na Convenção sobre os Direitos da Criança,

adotado pelo Estado brasileiro através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, enfatiza a necessidade de priorizar a proteção e a promoção dos direitos das crianças em todas as ações relacionadas a elas, evitando medidas que possam ser prejudiciais. Assim, ele se manifesta em diversos aspectos e situações dentro deste instrumento de Direitos Humanos voltado para crianças e adolescentes (Lima, 2001).

Segundo o ECRIAD, é considerado criança até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente até que se complete 18 (dezoito) anos. Até atingida a maioridade, dependendo da idade, os pais irão representá-los até 16 (dezesseis) anos ou assisti-los, entre 16 e dezoito anos (Brasil, 1990, art. 2).

Ao se considerar criança e adolescente seres em fase de desenvolvimento, “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (Pereira, 1999, p. 4).

Conforme as crianças crescem e amadurecem, fruto da convivência familiar e do processo educativo, elas gradualmente desenvolvem maturidade. Isso as torna progressivamente mais capazes de exercer seus direitos fundamentais e de fazer escolhas de maneira mais autônoma. Portanto, o discernimento é entendido como a habilidade de agir com liberdade e responsabilidade, sendo psiquicamente apto a lidar com as consequências de suas ações (Teixeira; Penalva, 2008, p. 296).

Sob as orientações das normas constitucionais e estatutárias que enfatizam o papel promocional do Direito, a relação entre pais e filhos evoluiu para priorizar a proteção da personalidade da criança e a garantia de seus direitos fundamentais. Esse enfoque visa apoiar a criança na formação de sua dignidade como indivíduo. Assim, a autoridade parental transcende a noção tradicional de poder e obrigação, assumindo um papel crucial como um meio que facilita o desenvolvimento da autonomia responsável dos filhos (Teixeira, 2006, p. 10).

O art. 17 do ECRIAD, estabelece o direito ao respeito, que engloba a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral de crianças e adolescentes. Este dispositivo legal é crucial para assegurar que a autoridade parental não se limite apenas aos aspectos financeiros da vida daqueles, mas também considere e preserve sua imagem, identidade, autonomia, valores, ideias e crenças. A autoridade parental, por conseguinte, deve ser exercida de modo a assegurar um ambiente seguro e acolhedor, no qual a criança ou o adolescente possa expressar suas opiniões, desenvolver sua identidade e valores, e crescer em um contexto que respeite suas crenças e autonomia (Brasil, 1990, art. 17).

A assistência, criação e educação são elementos cruciais na formação da personalidade de crianças e adolescentes, e são essenciais para a realização de seus direitos fundamentais em diversas áreas. O direito à educação abrange não apenas aspectos gerais, mas também o estímulo intelectual, essencial para que os jovens

alcancem autonomia pessoal e profissional. No entanto, muitas vezes, a doutrina não aborda todas as facetas da educação. Educar é um processo dialógico contínuo, no qual tanto o educador quanto o educando são transformados, contribuindo para a construção mútua da dignidade (Teixeira, 2006, p. 12).

Crianças e adolescentes inicialmente não possuem autonomia plena. A principal função da autoridade parental é orientar esses jovens por caminhos ainda desconhecidos para eles, considerando que estão em processo de desenvolvimento de maturidade e discernimento. Devido a essa fase de crescimento, eles não estão completamente aptos a exercer seu direito fundamental à liberdade. Para garantir seu bem-estar, vivenciam um período de liberdade supervisionada, onde o grau de liberdade permitido se expande progressivamente à medida que seu discernimento aumenta (Teixeira, 2006, p. 13).

2.2. A REGULAMENTAÇÃO ATUAL SOBRE GESTÃO PATRIMONIAL

De acordo com o Código Civil, os pais têm a responsabilidade de administrar os bens de seus filhos, sendo usufrutuários desses bens. Em situações práticas, como no caso de artistas mirins que acumulam patrimônio, os pais são os responsáveis legais pela gestão dos valores recebidos e pela assinatura de contratos. O art. 1.689 do Código Civil estabelece um marco importante sobre o poder familiar, delineando as responsabilidades e direitos dos pais em relação à gestão dos bens dos filhos. Este dispositivo legal pode ser dividido em duas partes principais, que refletem distintas facetas da gestão patrimonial familiar (Brasil, 2002, art. 1.689).

O inciso I do art. 1.689 estabelece que os pais são usufrutuários dos bens dos filhos. Isso significa que, enquanto exercem o poder familiar, os pais têm o direito de usar e usufruir dos bens dos filhos, mas com algumas ressalvas importantes. Este direito de usufruto tem como objetivo garantir que os pais possam prover adequadamente para os filhos, utilizando os recursos disponíveis em benefício direto da criança ou do adolescente (Brasil, 2002, art. 1.689).

O inciso II corrobora com este entendimento, atribuindo aos pais a administração dos bens dos filhos. Esta responsabilidade implica uma série de deveres, incluindo a obrigação de gerir esses bens com diligência e cuidado. A administração deve ser realizada sempre com o melhor interesse da criança em mente, o que inclui a preservação do patrimônio e a sua correta aplicação. Os pais devem evitar conflitos de interesse e gerir os bens de maneira transparente e responsável (Brasil, 2002, art. 1.689).

Já o art. 1.690 do Código Civil, é um componente essencial quando se trata de administração dos bens dos filhos, delineando como os pais devem representar e assistir seus filhos. O primeiro aspecto do Art. estipula que os pais têm o dever, e na falta

de um deles, o outro com exclusividade, de representar os filhos até dezesseis anos. Esta representação abrange uma série de atos jurídicos e administrativos. Por exemplo, os pais devem representar seus filhos em questões legais, assinando contratos em seu nome ou agindo em seu nome em processos judiciais. Esta representação é fundamental porque os adolescentes com menos de dezesseis anos não têm capacidade civil plena para realizar tais atos por si próprios (BRASIL, 2002, art. 1.689).

Além da representação, o art. 1.690 também estabelece que os pais devem assistir os filhos até que estes completem a maioridade ou sejam emancipados. A assistência aqui refere-se não apenas ao apoio financeiro, mas também ao apoio emocional, educacional e geral necessário para o desenvolvimento integral da criança ou adolescente. Isso inclui garantir educação, saúde, moradia e outras necessidades vitais, além de orientar e aconselhar os filhos nas decisões importantes de suas vidas.

Os pais, no exercício de sua autoridade, têm a responsabilidade de cobrir despesas relacionadas aos seus filhos quando crianças e adolescentes, como custos de criação e educação. Para isso, podem utilizar os bens e rendimentos dos filhos, tendo também o direito de os administrar (Silva; Souza, 2007, p. 6).

O dispositivo legal implica uma série de responsabilidades legais para os pais. Eles devem agir sempre no melhor interesse dos filhos, tanto na representação quanto na assistência. Qualquer falha nesses deveres pode levar a consequências legais, incluindo a intervenção de autoridades de proteção à criança e ao adolescente. Além disso, essa representação e assistência devem ser realizadas de forma ética e responsável, evitando conflitos de interesse e abusos de poder.

Ademais, a tomada de decisões dos pais deve se dar em conjunto, com abordagem colaborativa, respeitando a visão e opinião de ambos. Isso é fundamental para assegurar que os interesses dos filhos sejam mantidos no centro de todas as decisões e, todos os envolvidos participem ativamente nos aspectos importantes da vida de seus filhos (Brasil, 2022, art. 1.690, §1º).

2.3 A POSSIBILIDADE DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

Apesar dos esforços para proteger crianças e adolescentes no contexto da mídia televisiva, há uma lacuna significativa no reconhecimento desses jovens como participantes ativos e influentes na televisão. Isso aponta para a necessidade de uma ação mais eficaz por parte das instituições responsáveis pela garantia dos direitos desses jovens, especialmente no que se refere à sua exploração direta pelos meios de comunicação.

A problemática da glamorização da mídia, que, ao mesmo tempo que fascina o público, tende a obscurecer a questão da exploração de crianças e adolescentes, especialmente no que diz respeito ao trabalho infantil na mídia. Um aspecto crítico

identificado é a percepção generalizada de que tal exploração não é prejudicial, o que contribui para a persistência do problema (Chaves; Dias; Custódio, 2013, p. 57).

No Brasil, a proteção jurídica contra o trabalho infantil tem como base a Constituição Federal de 1988. Para que normas infraconstitucionais e acordos internacionais sejam reconhecidos e aplicados, eles devem estar alinhados com os preceitos da Constituição. As políticas públicas, voltadas para a prevenção e erradicação do trabalho infantil devem, portanto, ser fundamentadas nos princípios e regras estabelecidos na Carta Magna.

O trabalho infantil tem sua definição no Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, tem relação a qualquer atividade econômica ou atividade que a criança ou adolescente exerça:

O termo 'trabalho infantil' refere-se, neste Plano, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. Para efeitos de proteção ao adolescente trabalhador será considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos e, na condição de aprendiz, de 14 a 18 anos, conforme definido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (Brasil, 2011, p. 07).

É fundamental diferenciar a participação de crianças em atividades artísticas e o trabalho infantil dentro dessas atividades. As atividades artísticas, normalmente realizadas em ambientes como escolas, casas e comunidades, contribuem para o desenvolvimento cognitivo, psicomotor e lúdico da criança. Por outro lado, o trabalho infantil em atividades artísticas ocorre no âmbito do mercado, com o objetivo de gerar lucro. Quando uma criança exibe suas habilidades artísticas em programas de TV, geralmente não é considerado trabalho.

No entanto, se essa atividade se torna contínua, está sob o controle de uma empresa e envolve compensação financeira ou material, então pode ser classificada como exploração de trabalho infantil. É importante notar que a presença de compensação financeira não é um requisito obrigatório para definir uma situação como trabalho infantil, pois a exploração pode ocorrer mesmo sem contrapartida financeira (Chaves; Dias; Custódio, 2013, p. 57).

As determinações constitucionais são sustentadas e esclarecidas pelo Direito da Criança e do Adolescente, que, juntamente com a estruturação do sistema de garantia de direitos e as políticas públicas sociais, estabelecem os princípios constitucionais. Estes princípios não apenas fundamentam a proteção jurídica para a erradicação do trabalho infantil, mas também ajudam a resolver conflitos entre normas e permitem

adaptações às determinações legais. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil é, portanto, uma parte integrante do Direito da Criança e do Adolescente e do sistema de garantia de direitos, formando um sistema autônomo com seu próprio conjunto de regras e princípios (Zaro, 2021, p. 82).

Internacionalmente, a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), permite exceções à idade mínima para o trabalho, especialmente em casos de trabalho artístico envolvendo crianças e adolescentes. Essas situações exigem autorização judicial específica e estão sujeitas a restrições em termos de condições e duração do trabalho. No entanto, as normas atuais, tanto nacionais quanto internacionais, não especificam as medidas necessárias para assegurar a saúde e segurança dos jovens envolvidos em atividades artísticas.

Isso resulta em uma lacuna na legislação brasileira, onde não há regulamentações específicas para proteger as vulnerabilidades psicológicas e biológicas de crianças e adolescentes expostas aos riscos e pressões do ambiente artístico. Portanto, cabe à cada juiz determinar os limites e condições de proteção nos casos de autorização para o trabalho infantil artístico (Cavalcante, 2013, p. 146).

O Diploma da OIT, ora comentado, fixa normas que objetivam resguardar a dignidade das crianças e adolescentes, configurando-se assim como uma norma de proteção aos direitos humanos, devendo, por isso, ser encarada como uma disposição com valor de norma constitucional (Marques, 2013, p. 205).

Para se amparar o trabalho infantil em atividades artísticas, faz-se necessária autorização judicial para o trabalho, para permitir que crianças e adolescentes laborem antes da idade prevista. O art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) permite que o Juizado da Infância e Juventude autorize o trabalho de pessoas com menos de 18 anos em condições que poderiam ser consideradas prejudiciais à moralidade, desde que sejam cumpridas determinadas condições.

Primeiramente, o trabalho deve estar de acordo com o que é especificado no art. 405, § 3º, “a” e “b”, que inclui atividades em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings, estabelecimentos similares, e funções em empresas circenses como acrobata, saltimbanco e ginasta. Ainda, é necessário que a representação tenha um propósito educativo ou que a peça não prejudique a formação moral da criança. Por fim, deve-se comprovar que o trabalho é indispensável para a sua própria subsistência, de seus pais, avós ou irmãos, e que não haverá prejuízo para sua formação moral (Chaves; Dias; Custódio, 2013, p. 61).

Outrossim, no contexto do sistema jurídico brasileiro, moldado por uma Constituição que prioriza a dignidade humana, a proteção integral de crianças e adolescentes, e os valores éticos e de justiça, é inaceitável a ideia de que o Poder Judiciário possa ser autorizado a aprovar trabalhos imorais para eles. A responsabilidade do judiciário é assegurar a moralidade e a ética, evitando promover a

imoralidade em qualquer circunstância. Portanto, conclui-se que o art. 406 da CLT não é compatível com o atual sistema normativo constitucional (Chaves; Dias; Custódio, 2013, p. 61).

Já a previsão no ECRIAD no art. 149, II, trata das autorizações e dos alvarás para autorizações judiciais de crianças e adolescentes não para o trabalho, mas sim disciplinar sobre o ingresso deles em espetáculos públicos, ensaios e, participação em concursos de beleza (Brasil, 1990, art. 149).

A administração e gestão dos bens e ativos dos filhos, especialmente quando se trata de crianças artistas que frequentemente se tornam a principal fonte de renda familiar, levanta preocupações recorrentes sobre as oportunidades que surgem com a exploração cultural.

3 VIOLAÇÕES DE DIREITOS NA GESTÃO PATRIMONIAL

3.1. CASO LARISSA MANOELA: EXEMPLO DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS NA GESTÃO PATRIMONIAL

Dominando manchetes, mídias sociais tradicionais e digitais, o “caso Larissa Manoela” e sua repercussão em matéria vinculada na rede de jornalismo Fantástico, da Rede Globo, expôs uma suposta exploração financeira e patrimonial por parte de seus pais. O que se pretende aqui é uma análise do caso sem fazer juízo de valor, com base nas informações fornecidas pelas mídias.

O caso gira em torno da briga familiar da atriz Larissa Manoela e seus pais Silvana de Jesus Taques Elias dos Santos e Gilberto Elias dos Santos, gestores e administradores de seu patrimônio desde o início de sua carreira, quando ela tinha 4 (quatro) anos de idade. Na entrevista concedida ao Fantástico, em 13 de agosto de 2023, Larissa Manoela, hoje com 22 (vinte e dois) anos de idade, expôs que ao completar 18 (dezoito) anos de idade, passou a querer saber mais sobre a administração financeira, patrimonial e profissional.

Isso porque, relata que apesar de seus inúmeros sucessos no mundo das artes, ela foi explorada financeiramente por seus pais por muitos anos, ficando sem recursos suficientes até para adquirir algo tão simples quanto um milho na praia. Larissa, que iniciou sua carreira muito cedo, alcançou sucesso instantâneo, que até o ano passado, mesmo sendo sócia em três empresas com seus pais, não possuía uma conta bancária própria em seu nome.

Desconfiada da administração dos pais sobre sua carreira e patrimônio, foi a um escritório de advocacia para pediu a um contador os contratos sociais das três empresas que possuía com seus pais. A primeira, Dalari Produções e Eventos Ltda,

foi aberta aos 13 anos de Larissa. É essa empresa que concentrava a maior parte do patrimônio adquirido por ela, contratos e pagamentos. Em um áudio encaminhado à Larissa em 2022, o pai afirmava que os três sócios, detinham de iguais percentuais de cotas sociais da empresa, os quais seja 33,3% cada. Ocorre que ao averiguar, a porcentagem de capital social e participação da atriz, era de apenas de 2% e, os pais, 98%.

A segunda empresa, Larissa Manoela Taques Elias dos Santos, empresa individual de responsabilidade limitada, aberta em maio de 2020, quando Larissa possuía 19 anos, era 100% da atriz. No entanto, o contrato social possuía cláusula de administração da empresa, o qual a titular, Larissa, designa os pais Sra. Silvana de Jesus Taques Elias dos Santos e Gilberto Elias dos Santos como administradores totais da empresa, podendo praticar qualquer ato sem a previa autorização da titular.

A terceira empresa, uma *holding* constituída em maio de 2022, com a finalidade de reunir todos o patrimônio na primeira empresa – o que deu tempo de ocorrer, com capital social igualitário entre Larissa e os pais, em percentual de 33,3% para cada. Ao começarem as negociações para a redistribuição societária de capital das empresas, começou a divergência entre Larissa e os genitores, o que ocasionou briga, desentendimentos e afastamento da família. Com a negativa de acordo consensual com os pais, Larissa teve que notificá-los extrajudicialmente sobre a retirada deles da primeira sociedade Dalari, da qual possuía 2%, apenas.

Com a insistência dos genitores em não acordarem com o ato, Larissa começou a renegociar os contratos e parcerias da referida empresa para a sua sociedade unipessoal. Com isso, renunciou a um patrimônio estimado em 18 milhões de reais.

Ao analisar juridicamente o caso, o primeiro aspecto jurídico que possamos refletir é sobre a questão do trabalho infantil. Uma vez que o trabalho infantil é identificado, é imprescindível estender a esses trabalhadores as mesmas garantias constitucionais e legais que são aplicadas a outras formas de trabalho, sem considerar restrições de idade para esses benefícios. Isso é crucial porque, ao serem autorizados a trabalhar, esses indivíduos precisam da mesma proteção legal que é oferecida no regime de emprego convencional (Neto, 2021, p. 23).

Isso porque, a Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, embora possa ser aplicada por analogia, contempla várias formas de violência doméstica e familiar contra a mulher em situações de vulnerabilidade. Estas formas estão listadas nos incisos do art. 7º da referida lei, sendo o inciso IV específico para a violência patrimonial:

IV - a violência patrimonial: entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006, art. 7, IV);

Diante do contexto, a conduta dos pais, em insistir em permanecer na administração quase que exclusiva dos bens, se apossando do patrimônio adquirido por ela, são indícios da ocorrência de violência patrimonial. Este tipo de violência abarca também a possível situação em que Larissa Manoela não tinha controle do seu dinheiro, havendo notória privação dos seus bens, recursos econômicos e valores, condutas estas que segundo ela, eram praticadas pelos seus pais. Essas atitudes dos pais com a filha também podem ser enquadradas como violência psicológica, sendo:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Toda ação ou omissão que tenha a intenção de degradar ou controlar as ações, comportamentos e decisões de uma pessoa por meio de manipulação, humilhação ou qualquer conduta que implique prejuízo à saúde psicológica pode ser considerada caso de violência doméstica, sendo aplicada à crianças e adolescentes e considerado como violação de direitos.

3.2 LIMITES DA AUTORIDADE PARENTAL

A gestão patrimonial de crianças e adolescentes, especialmente daqueles que, como Larissa Manoela, possuem carreiras lucrativas desde cedo, apresenta um conjunto complexo de desafios e oportunidades. Este tópico explora os limites legais e éticos, bem como as possibilidades dentro da gestão patrimonial, focando em como esses fatores podem levar à proteção ou, infelizmente, à violação dos direitos.

A legislação brasileira, incluindo o ECRID, estabelece diretrizes claras para a proteção dos seus direitos, incluindo a gestão de seus bens. No entanto, a aplicação prática dessas leis pode ser desafiadora. Além disso, a ética na gestão patrimonial exige uma consideração cuidadosa do impacto a longo prazo das decisões tomadas em nome dos filhos, assegurando que seus interesses e prioridade absoluta.

A linha entre a gestão eficaz e a exploração pode ser tênue. Violações de direitos ocorrem quando a gestão do patrimônio não respeita os limites legais e éticos, levando a situações em que a criança ou o adolescente é explorado ou seu bem-estar é comprometido. Isso pode incluir a exploração comercial da imagem, a má adminis-

tração de seus ganhos, ou a tomada de decisões que não consideram seus melhores interesses a longo prazo.

Neste contexto, deve-se buscar um equilíbrio entre o estilo de vida dos pais e as características individuais dos filhos. Surge a questão de como conciliar os direitos fundamentais existenciais dos filhos com o exercício da autoridade parental definida pelos pais. Essa análise só pode ser realizada em situações específicas, onde se avalia qual interesse jurídico deve prevalecer e qual pode ser sacrificado, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente (Teixeira, 2006, p. 16).

Embora não haja uma obrigação formal de prestar contas sobre os valores recebidos dos filhos, pois, presume-se que sejam usados para despesas essenciais, como moradia e educação. Os tutores ou curadores, responsáveis pela criança ou adolescente em outras circunstâncias, estão sujeitos à supervisão judicial e podem ser submetidos a fiscalizações, se necessário (Silva; Souza, 2007, p. 6).

Há alguns bens que não são passíveis de usufruto ou administração dos pais sobre os bens dos filhos, conforme preceitua art. 1.693 do Código Civil:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

- I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;
- III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;
- IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O que existe é a previsão de proteção dos interesses de crianças e adolescentes, conferindo aos pais a responsabilidade sobre seus filhos até que seja atingida a capacidade civil. Da mesma forma, o Código estabelece limitações ao poder dos pais, proibindo-os de alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos ou contrair obrigações que ultrapassem a simples administração, a menos que haja autorização judicial. A autorização judicial advém de circunstâncias onde tais ações são no melhor interesse da criança ou do adolescente, como por exemplo, para financiar sua educação ou tratamento médico (Brasil, 1990, p. 1.691).

Conforme estabelecido pelo Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.638, ocorre a perda do poder familiar, mediante decisão judicial, garantindo assim o devido processo legal e a defesa dos envolvidos. Este dispositivo legal destaca diversas hipóteses para a perda do poder familiar, como o abuso de autoridade, o descumprimento dos deveres parentais, deixar os filhos em abandono e praticar atos contrário à moral e aos bons costumes.

Tais atos não apenas prejudicam o bem-estar e desenvolvimento, mas também transgridam a essência da relação de confiança e cuidado que deve nortear a paren-

talidade. Importante ressaltar que, com a perda do poder familiar, cessam automaticamente os direitos de usufruto e administração sobre os bens dos filhos, como prevê o art. 1635 do Código Civil.

Enquanto os pais têm o direito de administrar os bens dos filhos, o art. 1.741 do Código Civil que trata da tutela prevê que “incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”. Submetendo à inspeção do juiz, a administração dos bens do tutelado. Da mesma forma, eles não obrigados a prestar contas da sua administração, ao contrário se assim tivessem disposto sobre a administração dos pais (Brasil, 2002, art. 1.741).

Além destas diferenças entre o tratamento e administração dos bens de crianças e adolescentes, para a fiscalização dos atos do tutor, o juiz pode ainda nomear um protutor, sendo este um órgão complementar com encargo da fiscalização dos atos do tutor.

Observa-se que a administração dos bens dos filhos pelos pais está sujeita à certas restrições, como no caso de propriedades imobiliárias. Por outro lado, os tutores, além de enfrentarem as limitações impostas aos pais, estão sujeitos à restrições adicionais, como a necessidade de aprovação judicial para determinar as quantias necessárias para a manutenção da vida básica. É importante ressaltar que, diferentemente dos tutores, os pais não precisam da autorização judicial para acessar quantias, pois a sua administração está inclusa nos direitos do poder familiar (Silva; Souza, 2007, p. 10).

Extrai-se, portanto, com base no princípio do melhor interesse da criança, em casos em que há o recebimento de valores, estes deveriam ser depositados em caderneta de poupança e, ficarem retido até que complete 18 (dezoito) anos. Ademais, o Min. Marco Aurélio Bellizze estabeleceu, de forma contundente:

[...] 5. Ocorre que esse munus deve ser exercido sempre visando atender ao princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica, vinculando-se o ordenamento infraconstitucional aos seus contornos. Assim, o fato de os pais serem usufrutuários e administradores dos bens dos filhos menores, em razão do poder familiar, não lhes confere liberdade total para utilizar, como quiserem, o patrimônio de seus filhos, o qual, a rigor, não lhes pertence.

6. Partindo-se da premissa de que o poder dos pais, em relação ao usufruto e à administração dos bens de filhos menores, não é absoluto, deve-se permitir, em caráter excepcional, o ajuizamento de ação de prestação de contas pelo filho, sempre que a causa de pedir estiver fundada na suspeita de abuso de direito no exercício desse poder, como ocorrido na espécie (STJ, 2018).

Estas normas, são criadas para limitar e coibir abusos de direitos de crianças e adolescentes. Ao analisar de maneira favorável o direito assegurado à todos, incluindo crianças e adolescentes, de expressar-se livremente em atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação sem a necessidade de licença ou censura (conforme estabelecido no art. 5, IX, da Constituição Federal de 1988), percebe-se que o constituinte optou por não impor limitações à esse direito, seja em termos de forma ou de quem o exerce.

Isso visa garantir a máxima efetividade do direito, com a maior liberdade possível e a menor restrição necessária. Tal abordagem é considerada ideal, especialmente na criação artística, onde o ser humano, seja criança, adolescente ou adulto, expressa um dom inato que deve ser explorado em sua plenitude, já que quanto maior a liberdade, maior o potencial artístico.

3.3 POSSIBILIDADES E MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO

Do art. 114 da Constituição Federal, extrai-se a competência da Justiça do Trabalho para as ações oriundas da relação de trabalho. Ocorre que, especificamente, as autorizações para o trabalho infantil são uma construção. A competência material é oriunda de diálogos entre diversas instituições e da consolidação do pensamento de diversos especialistas.

Diante do mandato constitucional de proteção integral a crianças e adolescentes, estabelecido desde a Constituição Federal de 1988, e considerando o histórico de exploração do trabalho infantil em todo o Brasil, inclusive com aprovações ocasionais por parte das autoridades judiciárias, surge a necessidade de encaminhar pedidos de autorização judicial para trabalho infantil artístico a um grupo de profissionais especializados em aspectos normativos, sociológicos e educacionais do trabalho humano.

Dentro da estrutura judiciária brasileira, essa especialização é representada pela Magistratura do Trabalho. A possibilidade de que essa mudança resulte em um processo mais rigoroso e cuidadoso na emissão de alvarás, mesmo que isso possa reduzir temporariamente sua quantidade, não deve ser vista como um defeito ou anacronismo, mas como uma evolução necessária (Pessoa; Feliciano; 2016, p. 197).

Conforme já mencionado anteriormente, além da representação, os pais devem assistir os filhos até que estes completem a maioridade ou sejam emancipados (Brasil, 2002, art. 1.690). Nesse sentido, a emancipação na idade entre 16 e 18 anos desempenha um papel crucial na proteção dos direitos de crianças e adolescentes, particularmente no que diz respeito à gestão de seus bens. Esta ação legal poderia antecipar a capacidade civil, possibilitando que ele administre seus próprios bens e execute atos civis independentemente de tutela. De acordo com o Código Civil brasileiro, a maioridade civil é atingida aos 18 anos.

O art. 5º do Código Civil brasileiro estabelece três métodos distintos para a emancipação de adolescentes. A primeira é a emancipação voluntária e extrajudicial, que ocorre quando os representantes legais formalizam a emancipação por meio de uma escritura pública. A segunda forma é a emancipação judicial, na qual o tutor obtém a emancipação do tutelado através de um processo judicial. A terceira, é nas hipóteses de sentença proferida por um juiz, após ouvido o tutor, caso o adolescente tiver menos de dezesseis anos completos. De qualquer forma, a emancipação pode ocorrer automaticamente em situações específicas, como pelo casamento civil, a conclusão de um curso de ensino superior, o exercício de um cargo público efetivo ou a obtenção de autonomia financeira através do trabalho.

É crucial reconhecer que, mesmo após a emancipação, até os 18 anos mantém sua inimputabilidade penal, conforme a Constituição Federal. No entanto, na gestão de bens imóveis por emancipados, surgem considerações práticas, como a validade de contratos firmados antes da emancipação e implicações tributárias. Para assegurar a legalidade e a segurança nas transações imobiliárias realizadas, é fundamental a orientação de um profissional especializado. Este deve conduzir uma avaliação detalhada do título de propriedade e da matrícula do imóvel, além de outras verificações necessárias, para garantir a aderência às normas legais e prevenir problemas futuros.

Após a história da Larissa Manoela vir à tona, inclusive se teve proposição legislativa para tratar da administração de bens dos filhos, com o Projeto de Lei Federal nº 3.917/2023, de autoria do Deputado Pedro Campos. A proposta visa estabelecer medidas que fortaleçam a salvaguarda dos direitos e interesses de crianças e adolescentes no que diz respeito à administração de seus bens e participação em sociedades empresariais. O projeto proposto alteraria o Código Civil para assim dispor:

“Art. 1.691

[...] § 2º A participação de sócios menores de idade em sociedade empresária será precedida de manifestação do Ministério Público. § 3º Os contratos firmados no exercício do poder familiar deverão conter cláusula revisional condicionada à maioria dos filhos com efeitos suspensivos do negócio jurídico.

Art. 1.692

[...] Parágrafo único. A qualquer tempo, enquanto perdurar o poder familiar, os filhos poderão solicitar prestação de contas de seus bens.” (BRASIL, 2023a).

No mesmo sentido, tramita outro Projeto de Lei nº 3918/2023, que dispõe sobre os rendimentos financeiros das crianças artistas mirins, com o objetivo de salvaguardar o patrimônio construído pelo trabalho realizado, nos termos do art. 406 da CLT. O projeto de lei propõe a regulamentação do trabalho artístico de pessoas

com menos de 18 anos, definindo-os como artistas mirins, limitando sua carga horária de trabalho a 40 horas. O projeto obriga os pais ou responsáveis a priorizar a saúde e o futuro financeiro do filho, estabelecendo a criação de uma conta de renda fixa onde pelo menos 30% dos rendimentos artísticos devem ser depositados, inacessíveis até a maioridade do titular, salvo autorização judicial. Além disso, prevê a fiscalização anual por autoridades judiciárias para assegurar o cumprimento dessas normas (Brasil, 2023).

O caso da atriz Larissa Manoela destaca a necessidade de legislações contemporâneas que abordem as complexidades da administração de bens e de participação em empresas. As leis atuais relacionadas à gestão patrimonial de crianças e adolescentes são fragmentadas e, em muitos casos, ambíguas. Embora existam regulamentações que visam proteger os direitos de crianças e adolescentes, muitas vezes elas não são suficientemente claras ou rigorosas para prevenir a exploração.

4 CONCLUSÃO

Em conclusão, o caso de Larissa Manoela ilustra a complexidade inerente à gestão patrimonial de crianças e adolescentes, particularmente aqueles engajados em carreiras lucrativas, destacando desafios significativos na aplicação das proteções estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. A necessidade de um diálogo interdisciplinar e especializado, especialmente no que tange ao trabalho infantil artístico, é evidenciada pela competência atribuída à Justiça do Trabalho e pelas nuances da emancipação. A pesquisa sublinha a necessidade de um diálogo interdisciplinar e de uma abordagem especializada para lidar com o trabalho infantil artístico, enfatizando a importância da emancipação e da representação legal adequada.

Violações de direitos podem ocorrer quando a gestão do patrimônio não respeita os limites legais e éticos, resultando em exploração comercial, má administração de ganhos ou decisões que não consideram os melhores interesses a longo prazo de crianças e adolescentes. A análise revela que a autoridade parental deve evoluir com a idade e o discernimento dos filhos, priorizando a proteção da personalidade e dos direitos fundamentais da criança, e facilitando o desenvolvimento de sua autonomia responsável. Além disso, a pesquisa sublinha a importância do respeito à integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes, e a necessidade de uma educação que contribua para a construção mútua da dignidade e para a autonomia pessoal e profissional dos jovens.

O caso de Larissa Manoela ilustra desafios significativos na gestão patrimonial e financeira de jovens artistas, destacando a complexidade das relações familiares e profissionais nesse contexto. A situação expõe a potencial exploração financeira e

patrimonial por parte dos pais, levantando questões sobre violência patrimonial e psicológica, conforme definido pela Lei Maria da Penha. O caso ressalta a importância de proteções legais adequadas para jovens artistas, incluindo a necessidade de uma gestão transparente e ética dos seus bens e rendimentos. Além disso, sublinha a relevância de estender as garantias constitucionais e legais aplicáveis a outras formas de trabalho para o trabalho infantil, assegurando a proteção integral.

Embora hajam esforços para proteger crianças e adolescentes na mídia televisiva, persiste uma lacuna no reconhecimento deles como participantes ativos e influentes, especialmente em relação à exploração pela mídia e ao trabalho infantil. A legislação brasileira, baseada na Constituição Federal de 1988, define o trabalho infantil e estabelece diretrizes para a proteção de crianças em atividades econômicas, incluindo as artísticas. Diferencia-se a participação em atividades artísticas do trabalho infantil, sendo este último caracterizado pela continuidade, controle empresarial e compensação financeira ou material.

As recentes propostas legislativas, como o PL nº 3.917/2023 e o PL nº 3918/2023, sinalizam um movimento em direção ao fortalecimento da proteção dos direitos nos deveres de administração dos seus bens e na participação em sociedades empresariais. Estas iniciativas buscam estabelecer mecanismos mais robustos para a salvaguarda dos interesses financeiros de artistas, incluindo a criação de contas de renda fixa para a gestão de rendimentos e a fiscalização anual por autoridades judiciais. Tais medidas refletem a urgência de leis mais claras e rigorosas, visando assegurar uma gestão patrimonial ética e responsável para crianças e adolescentes, protegendo-os contra a exploração e má administração.

Para pesquisas futuras, recomenda-se uma análise mais aprofundada das implicações práticas das legislações emergentes, como o PL nº 3.917/2023 e o PL nº 3918/2023, no que tange à gestão patrimonial de crianças e adolescentes em carreiras lucrativas. Outra área de interesse seria explorar o papel das instituições de fiscalização e do sistema judiciário na efetiva aplicação dessas leis, avaliando a eficácia dos mecanismos de controle e supervisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Presidência da República, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador.** Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. – 2. ed. – Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.917 de 15 de agosto de 2023. **Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para tratar da administração de bens dos filhos menores.** Brasília, 2023a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2379237>. Acesso em: 01 dez. 2023

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.918 de 15 de agosto de 2023. **Dispõe e regula ganhos financeiros de crianças que trabalham com audiovisual, artistas mirins, para a proteção do patrimônio e investimentos futuros.** Brasília, 2023b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2379366>. Acesso em: 01 dez. 2023.

CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites. **Brasília: Revista TST**, v. 79, n. 1, jan/mar, 2013.

CHAVES, Patrícia Adriana.; DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. Trabalho infantil artístico: a ilegalidade que encanta. **Revista Jovens Pesquisadores**, v. 3, n. 3, 15 dez. 2013.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O Direito Da Criança e do Adolescente: Fundamentos Para Uma Abordagem Principiológica.** Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/82256>. Acesso em: 24 jul. 2023.

MARQUES, Rafael Dias. Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites. **Brasília: Revista TST**, v. 79, n. 1, jan/mar, 204-226p, 2013.

NETO, Raimundo Sousa. **A proteção e a regulamentação do trabalho infantil artístico no Brasil.** 29f. Art. (Graduação)- Curso de Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Flavia Moreira Guimarães; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Concretização de direitos fundamentais e a competência da justiça do trabalho para autorização de trabalho artístico infanto-juvenil. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 181–202, 2016. DOI: 10.18759/rdgf.v17i2.808. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/808>. Acesso em: 28 nov. 2023.

SILVA, Pablo Ailton da; SOUZA, Gelson Amaro de. Diferenças legais e práticas da administração dos bens do menor exercida por seus pais ou por seu tutor. **ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498**, v. 3, n. 3, 2007.

STJ, Terceira Turma, **REsp 1623098/MG**, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, jul. 13/03/2018, DJe 23/03/2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IOB–Thomson. 2006. p. 103-123.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, p. 293-304, 2008.

ZARO, Jadir. **A participação social nas políticas públicas locais de prevenção e erradicação do trabalho infantil no Brasil fundamentada na proteção integral do direito da criança e do adolescente**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 270f, 2021.

ANIMAIS DE COMPANHIA COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL: A INTEGRAÇÃO DOS ANIMAIS À NOÇÃO DE SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS DESSA NOVA CONCEPÇÃO

LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA COMO SUJETO CONSTITUCIONAL: LA INTEGRACIÓN DE LOS ANIMALES EN LA NOCIÓN DE SUJETO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO Y LAS CONSECUENCIAS DE ESTA NUEVA CONCEPCIÓN

Cláudia da Silva Thomazine Fraga¹

Alexandre de Castro Coura²

RESUMO

Sob a ótica constitucional além do que estabelece o artigo 225, Parágrafo primeiro, Inciso sétimo da Constituição Brasileira sobre direitos dos animais, de forma dialética e a partir da leitura do livro: A Identidade do Sujeito Constitucional, escrito por Michel Rosenfeld a posição dos animais de companhia no ordenamento jurídico brasileiro a fim de investigar se estes animais podem, à luz da Constituição Federal de 1988, serem considerados Sujeitos Constitucionais. Para isso, o presente artigo foi dividido em três capítulos. O primeiro revela o contexto histórico legislativo brasileiro, na sequência, a identidade animal como sujeito constitucional e no terceiro momento, as consequências dessa nova concepção. Assim, a partir da pesquisa realizada com base na doutrina, dados censitários, jurisprudência brasileira e na lei, verifica-se crescente a escalada do reconhecimento dos animais como parte integrante da realidade social que vivenciamos e, que ao Direito socorre à necessidade de atualização da legislação atual tocante ao tema.

Palavras-chave: direito animal; constitucional; identidade.

¹ Cláudia da Silva Thomazine Fraga. Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais. Pesquisadora e membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Hermenêutica Jurídica e Jurisdição onstitucional. Especialista em Direito Tributário. Instituição vinculada: Faculdade de direito de Vitória (FDV). E-mail: claudia@thomazine.adv.br. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-4622-2168>.

² Alexandre de Castro Coura. Pós-Doutorado pela Federal Judicial Center, FJC, Estados Unidos e American University Washington College of Law, AU, Estados Unidos. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor permanente do programa de pós graduação Stricto sensu da FDV. Instituição: Faculdade de direito de Vitória (FDV) E-mail: acastrocoura@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306>

RESUMEN

Desde una perspectiva constitucional y más allá de lo establecido en el artículo 225, párrafo uno, apartado séptimo de la Constitución brasileña sobre los derechos de los animales, esbozar de manera dialéctica y a partir de la lectura del libro: La identidad del sujeto constitucional, escrito por Michel Rosenfeld la posición de los animales de compañía en el ordenamiento jurídico brasileño con el objetivo de investigar si estos animales pueden, a la luz de la Constitución Federal de 1988, ser considerados Sujetos Constitucionales. Para ello, este artículo se dividió en tres capítulos. En el primero el contexto histórico legislativo brasileño, na secuencia la identidad animal como sujeto constitucional y en el tercero las consecuencias de esta nueva concepción. Así, a partir de la investigación realizada con base en la doctrina, datos censales, jurisprudencia brasileña y derecho, encontra-se que el reconocimiento de los animales como parte integral de la realidad social que vivimos es cada vez mayor y que la Ley ayuda a la necesidad de actualizar la legislación vigente. información sobre el tema.

Palabras-clave: derecho animal; constitucional; identidad.

1 INTRODUÇÃO

Ao constar na Constituição Federal de 1988 a obrigatoriedade de salvaguardar a dignidade dos animais em seu artigo 225, parágrafo primeiro, inciso sétimo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar relevância ao direito de todos terem um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o respeito aos animais protegendo-os contra a crueldade.

O direito de não serem submetidos à crueldade humana, significa dizer que Direito Animal é um desdobramento dos Direitos Humanos, e como principal consequência desse dispositivo constitucional, a quebra do paradigma histórico-cultural de que animais existem como objetos de servidão à vida humana, não podendo mais serem considerados como coisa pelo legislador infraconstitucional.

A definição de animal independente da função que exercem no meio ambiente, de forma dogmática vez que sobre os animais já se reconhece a influência de regras e princípios legais em si mesmos.

É neste sentido que no presente trabalho, a partir do livro: A Identidade do Sujeito Constitucional, escrito pelo Professor Michel Rosenfeld se desenvolve, a fim de responder, se é possível integrar os animais à noção de Sujeito Constitucional, e não apenas à ideia de objeto de tutela estatal, dada a proteção jurídica que lhes é conferida pelo ordenamento constitucional. E mais, quais seriam as consequências dessa nova concepção.

Para isto, inicialmente buscou-se evidenciar o perfil histórico legislativo do valor da vida animal no Brasil nos Séculos XX e XXI, no segundo momento analisou-se se os animais possuem uma identidade constitucional e por ultimo, as consequências dessa concepção, para ao final, expor a conclusão.

2 CONTEXTO HISTÓRICO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Advindo basicamente de um relacionamento de viés exploratório, a história da humanidade é marcada pela constante interação entre homem e animal. Fosse servindo como alimento, meio de transporte, moeda de troca ou instrumento de acesso às facilidades do dia a dia, desde os primórdios do entendimento filosófico da cultura grega-romana. “Sócrates foi o pioneiro ao propalar que tudo na natureza tem um propósito e que o propósito dos animais é servir a homem” (Gonçalves, 2023, p. 3).

Na colonização das Américas, os animais sempre foram postos como seres subjugados como inferiores pela raça humana. Pontes e Cornelli, 2017, vão nos dizer que:

Histórias, mitos e outras formas de representação envolvendo animais são parte de narrativas registradas desde a pré-história. Exemplos disso são os desenhos rupestres na gruta de Lascaux e em outros sítios arqueológicos, inclusive no Parque Nacional da Serra da Capivara (Piauí, Brasil), onde se encontra grande quantidade de sítios arqueológicos com variados registros rupestres. (Pontes e Corneli, 2017, p. 191-197)

Ao trazer essa análise para o cenário Brasileiro, verifica-se que a primeira medida legislativa tratando sobre a causa animal se deu em 1934, com a edição do Decreto nº 24.645, de 10 de Julho de 1934. Neste, em suma, fora à época prevista a tutela do Estado sobre todos os animais existentes no país, bem como a fixação da proibição de maus tratos sob pena de multa, prisão de até 15 dias e ainda a possibilidade de se obter reparação civil. Este texto, porém, foi revogado em 18 de janeiro de 1991.

Em três de janeiro de 1967, a lei nº 5.197, passou a dispor sobre a proteção à fauna silvestre dando proteção e guarda em qualquer fase do seu desenvolvimento, contudo, fixando-os como propriedades do Estado.

Na sequência, em 1978, já sob um contexto internacional, com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi editada pela Unesco. *“The UDAR is a unique document with an extensive list of rights to serve animals, such as equality, respect, protection/care, freedom, dignity, protection from ill-treatment and cruelty, inclusion at stake, including a possibility of rights holders.”*³ vamos ter que dos 14 artigos que compõem a Declaração Universal dos direitos animais, destacam-se, em relação ao que a legislação brasileira, (Gordilho, Brito, 2019). viria em 1988 a se espelhar, os seguintes:

(...) Art.2o - Cada animal tem direito ao respeito. O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros ani-

³ Tradução nossa: “A Declaração universal dos direitos animais é um único documento com uma extensa lista de direitos a favor dos animais, como igualdade, respeito, proteção, cuidado, liberdade, dignidade, proteção contra maus tratos e crueldade, incluindo a possibilidade de serem portadores de direitos.”

mais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à proteção do homem.

(...) Art.9o - No caso de o animal ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e morto, sem que para ele resulte em ansiedade e dor.

Art.10o - Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal.

Art.11o - O ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um delito contra a vida.

Art.12o - Cada ato que leva à morte um grande número de animais selvagens é um genocídio, ou seja, delito contra a espécie.

(...) Art.14o - As associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ter uma representação junto ao governo. Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos humanos.
(grifo nosso)

Inegável perceber total influência do texto internacional a concepção de dignidade, proteção à vida e o meio ambiente que vivem, instauração de políticas de controle e combate aos maus tratos aos animais, que posteriormente, seriam previstos pela Constituição brasileira de 1988. Neste caminho, foi então a proteção do meio ambiente consignada no artigo 225 da Carta Magna Brasileira da seguinte forma:

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. (Brasil, 1988)

Mais notadamente, no parágrafo 1º, inciso VII, do mesmo dispositivo considerou a proibição da crueldade, inaugurando assim especialmente a proteção animal brasileiro no ordenamento jurídico nacional (Ataíde Jr., 2018, p. 49)

Em 1998, com a publicação da lei nº 9.605, no qual, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente cuidou a lei em seu artigo 32, de criminalizar a prática de “ato de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.”.

Com a edição do código civil em 2022, surge a primeira designação da posição ocupada pelos animais na legislação brasileira. De acordo com o artigo 82 do código, estes são tidos como bens móveis, “suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (Brasil, 2002).

Ainda no código, nos artigos 1.442 e seguintes, temos que animais utilizados em serviços agrícola, pastoril ou de laticínios podem ser objeto de penhor, como meio de pagamento, através do instituto da penhora, dados em crédito e ainda substitutos dos animais falecidos, assim como se faz com máquinas, instrumentos, aparelhos, na forma do artigo 1.447 do mesmo código. (Brasil, 2002)

No ano de 2008, a fim de regulamentar parte do inciso VII, do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, o Congresso Nacional do Brasil editou a lei nº 11.794, em oito de Outubro. Conhecida como Lei Arouca, o dispositivo cuidou de estabelecer procedimentos para o uso científico de animais, revogando a Lei nº 6.638, de 1979. (Guimarães, Freire, Menezes, 2016, p. 218)

Em 2020 com a edição da lei 14.064, tivemos a alteração do art. 32 da lei nº 9.605, aumentando as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais, quando se tratar de atos cometidos contra cães ou gatos. Neste caso, passando da pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, para pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Por fim, relevante destacar que Estados da federação como São Paulo e Espírito Santo, diante da ausência de uma real política nacional de proteção e tratamento do direito animal, somada a inexistência de uma legislação federal mais enérgica e precisa quanto a real proteção e concessão de direito aos animais, passaram então a legislar sobre a causa.

Neste sentido, o Estado de São Paulo com o Código de Proteção animal do Estado de São Paulo, lei nº 11.977/2005 (Lucena, 2022) e a Lei nº 17.497/2021, criando o Programa de Proteção e Bem-Estar dos Animais Domésticos, bem como o Estado do Espírito Santo, com a lei nº 8.060 de 2005, que instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais no âmbito do Estado do Espírito Santo, e a Lei nº 11.400, que tipificou outros tipos de violência aos animais; são exemplos de medidas que buscam tratar o tema da causa animal com mais rigor. Neste sentido:

A capacidade de sofrer, tanto fisicamente, sentindo dor, fome e sede, como emocionalmente, podendo experimentar situações de depressão, ansiedade e estresse, já foi definitivamente comprovada pela ciência, tendo vinte seis dos mais renomados neurocientistas do mundo, inclusive com a participação do astrofísico inglês Stephen Hawkins, se reunido na renomada Universidade de Cambridge/Inglaterra e, após estimular setenta e oito áreas cerebrais subcorticais de mamíferos, aves e até invertebrados como o polvo, publicaram a Declaração de Cambridge de 2012, concluindo que o funcionamento das estruturas neuroanatômicas, neuroquímicas e neurofisiológicas dos animais é tão próximo do que ocorre nas mentes humanas que aqueles seres possuem consciência da sua existência e são capazes de sentir emoções,

que serão boas ou ruins, de acordo com suas mentes, e não conforme nossa percepção ou interesse. (Carneiro, 2020)

Destarte da construção legislativa apontada ser possível verificar que todo o arcabouço legal busca tutelar a proteção do direito animal, verifica-se que esta ainda é rudimentar no sentido de classificar os animais como seres sensíveis capazes de se relacionarem com outros seres, e sofrerem danos não só de ordem física como tantos outros seres e ainda protegê-los em sua totalidade. Nas palavras de Ataíde Jr:

É hora, portanto, de migrar da fundamentação exclusivamente filosófica dos direitos animais, em direção à sua consolidação dogmática, para que o Direito Animal frequente, com mais assiduidade e qualidade, os juízos e tribunais brasileiros, concretizando a tutela jurisdicional adequada e efetiva da dignidade animal. (Ataíde Jr., 2020, p. 108)

Neste sentido, pode-se dizer que os direitos animais são uma extensão dos direitos humanos, portanto. As necessidades primárias de seres que se importam originariamente com o que lhes ocorre, por isso, é sobre o devido a seres vivos sujeitos, não coisas objetificáveis.

3 A IDENTIDADE ANIMAL COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Estabelecida a posição dos animais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passamos a análise da questão identitária dos animais em relação a Constituição Federal brasileira.

Michel Rosenfeld ao tratar da Natureza Evasiva do Sujeito e a Identidade Constitucional inicia seus apontamentos sendo assertivo em dizer que “A identidade do sujeito constitucional (constitutional subject) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos.” Significa dizer que a subjetividade tende a “se alterar no tempo”, dada as condições de complexidade e ambiguidade. (Rosenfeld, 2003, p. 115)

Isto porque “Conquanto se observe o avanço das teorias jurídicas contemporâneas, vive-se, nos dias atuais, uma crise paradigmática”. (Moreira, 2015, p. 5) E uma vez que a estrutura e o papel do Estado vão aos poucos passando por transformações, mas a visão tradicional envolvendo a interpretação jurídica e a forma de decidir as questões judiciais, ao que tudo indica, por não acompanharem a evolução da sociedade, jurisdicionados e agentes jurídicos, tem-se então a necessidade de adaptação de entendimentos e legislação à realidade que se impõe no dia a dia do judiciário.

Por isso, na visão de Rosenfeld um texto constitucional sempre estará incompleto, e sujeito a interpretações, pois, segundo ele, o constituinte não seria capaz de esgotar todas as questões trazidas à realidade pela sociedade. Por esta razão, segundo o professor as Constituições devem sempre ser “abertas à interpretação”, ainda que esta pareça conflitante com o texto já estabelecido.

Nesse sentido, uma visão principiológica e discursiva do Direito e da Constituição, vistos não mais como um sistema fechado de regras, parece ser capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da identidade do sujeito constitucional, delimitada por essa moldura maleável estabelecida pelos constituintes. (Azevedo, Coura, 2010, p 204)

Para entendermos melhor a posição dos animais domésticos perante o texto constitucional, na visão do texto de Michel Rosenfeld, deveríamos então tentar entender o “(...) “o quê” e o “quem” significam como sujeito constitucional, na medida em que existe uma propensão em se ligá-lo, por suas relações, profundas e complexas, com outras identidades relevantes, tais como as identidades nacionais, culturais, étnicas e religiosas. (...)” (Oliveira, 2020) e porque não a do animal?

Por estas razões, o autor ilustra possíveis problemas que poderiam impedir o reconhecimento de determinado sujeito. O primeiro seria o fator histórico, na sequência as Emendas Constitucionais e no terceiro momento a existência de identidades relevantes.

O fator histórico seria um impasse na medida em que o passado e futuro se posicionam como incertos, influenciando a continuidade das relações na medida em que a identidade de um sujeito pode a qualquer momento ser reconstituída. (Rosenfeld, 2003)

Por sua vez as Emendas Constitucionais influenciam na identificação dos sujeitos na medida em que cada legislador irá trabalhar a alteração de sua Carta Magna de uma forma, não havendo unidade nas atuações dos Estados. (Rosenfeld, 2003)

Já a existência de identidades relevantes, Rosenfeld vai nos dizer que estas ainda que viessem a serem deixadas de lado para outras tantas existirem, àquelas do passado sempre iriam influenciar e deixar “resquícios” nos corpos da nova Constituição.

Diante disto, o Autor concluiu que o Sujeito Constitucional e a matéria constitucional que este traz consigo ficam mais fáceis de serem identificadas quando o que se verifica é a ausência destes no corpo da norma, “o vazio, hiato”. (Rosenfeld, 2003)

Neste sentido, é possível afirmar a legislação pátria brasileira, neste contexto, se encaixa e nos faz concluir que de fato, a identidade do animal como sujeito constitucional brasileiro encontrou barreiras no primeiro problema sustentado por Rosenfeld.

Percebe-se então ser o fator histórico uma grande barreira na evolução do reconhecimento do direito animal, seja pela legislação que caminha de forma tímida, seja na (in) compreensão por parte da sociedade sobre o tema, por questões psico-sociais, culturais e religiosas.

A fim de encontrar a resposta, Rosenfeld foi buscar na Teoria Psicanalítica de Froid e Lacan as possíveis afinidades entre os sujeitos.

Para a psicanálise, o sujeito não é sinônimo de consciência. A relação do homem consigo mesmo muda de foco a partir de Freud. Segundo Lacan, a ideia de um desenvolvimento individual contínuo, unilinear, como se fosse uma série de etapas que vão sendo ultrapassadas é algo que soa falso. (Prates. 2020, p 05)

A identidade do sujeito portanto, vai necessitar ser construída e reconstruída, de acordo com “antinomias”, que para o autor, seriam a facticidade em contra posição à validade; fatos em relação às normas e, o real com oposição ao ideal. As decisões constitucionalmente significativas produzirão algum impacto na identificação do sujeito quando houver harmonia entre os elementos antigos e novos, “de forma inteligível e persuasiva” (Rosenfeld, 2003, p. 46):

A tarefa da reconstrução é a de harmonizar esses novos elementos com os anteriormente já existentes; ou, à proporção que os novos elementos rompem com as relações estabelecidas entre os elementos anteriores, recombina todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e persuasivo. Essa harmonização ou recombinação não pode ser alcançada, no entanto, exclusivamente com base na realidade fragmentária com que ela se defronta e, assim, requer o exercício dessa imaginação contrafactual. (Rosenfeld, 2003, p. 46)

Rosenfeld põe à questão, a presença de determinado conflito entre o “Eu” e o “Outro” como meios coletivos, onde “(...) em grupo ou individualmente cada “Eu” se enxerga ao mesmo tempo em que vê os outros “Eus”.” (Rosenfeld, 2003, p. 21)

Neste diapasão enxergar o outro eu no presente caso significa abrir o espectro da visão de construção de vida que nós serem humanos estamos construindo e a partir da tomada de consciência de que viver sob o todo, o coletivo, é também estar integrando a natureza à nossa volta posta à nossa realidade.

A presença de animais de companhia nos lares brasileiros cada vez mais encontra-se normalizada, à passos que do estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, relativo ao ano de 2013, nos mostra que o Brasil ocupava naquele momento, a quarta posição entre todos os países do mundo em número de animais de estimação. Conforme resultados:

Tabela 1 - População de Animais de Estimação no Brasil - 2013

IBGE - População de animais de estimação no Brasil - 2013 - Em milhões

IBGE	
	2013
Cães	52,2
Aves	37,9
Gatos	22,1
Peixes	18,0
Outros*	2,21
Total	132,4

* Estimativa Abinpet para outros animais de estimação

* Outros (Répteis e pequenos mamíferos)

Obs: Pesquisa quinquenal

Mundo	
	2013
Peixes	655,8
Cães	360,8
Gatos	271,9
Aves	205,2
Outros*	70,3
Total	1,5

Fonte:

Euromonitor

Elaboração:

Abinpet

**Brasil no mundo - 4º em número de animais de estimação – 132 milhões;
2º em número de cães, gatos e aves canoras e ornamentais;
9º em número de répteis e pequenos mamíferos;
10º em número de peixes ornamentais.**

Fonte: IBGE
Elaboração: Abinpet

Fonte: IBGE - ABINPET 79

Assim, na construção da análise do discurso constitucional de Rosenfeld, através do uso dos instrumentais da “Negação, a Metáfora e a Metonímia”, vamos ter *status quo* do passado sociocultural da posição de Sujeito Constitucional (animal) não identificável, como Negação de sua posição, para adiante o Direito Animal preencher o Hiato legislativo transacionando no estágio Hegeliano da Subsunção, colocando-os na posição de “eu” constitucional, que Menelick (2003) assim se traduziu:

Segundo a lógica hegeliana, a transição dialética de um estágio para o próximo envolve um processo de “Aufhebung ou de subsunção (sublation), uma vez que tudo o que surge no primeiro estágio é, a um só tempo, preservado e superado na perspectiva do segundo.” Aplicado ao sujeito constitucional, isso significa que o segundo estágio é marcado pela incorporação seletiva das identidades descartadas e não por um retorno em larga escala às identidades pré-constitucionais. Em outras palavras, as tradições incorporadas ao sujeito constitucional no segundo estágio o são em seu próprio benefício. Essas tradições só são invocadas à medida que sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo. (Rosenfeld, 2003, p. 53)

Feita a transição, como citado no primeiro momento deste artigo, então a Metáfora de Rosenfeld é utilizada para estabelecer as similaridades e as equivalências dos processos de combinação e substituição de parâmetros com a consequência da criação de vínculos entre o sujeito e a lei.

Não obstante a legislação seja limitada neste sentido, o que se verifica dos tribunais brasileiros vêm em sua grande parte, adotando posicionamentos de forma preencher os vazios da lei e proteger à tutela do direito animal.

Neste sentido, temos como exemplo o julgamento da Apelação nº 0001270 04.2008.4.03.6000 proposta no bojo da Ação civil pública nº 2008.60.00.001270-0, onde, no julgamento os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, deixam muito claro o direito à vida e a saúde de cães que estavam sendo eutanasiados por testarem positivo para Leishmaniose. (Brasil, TRF 3, 2008)

Neste exemplo, o uso da função metafórica de Rosenfeld, foi utilizada pela justiça brasileira, que através da retórica como processo de discurso utilizou-se da analogia e similaridade da legislação existente para determinar que o município envolvido passasse a adotar práticas de controle e tratamento da doença, justificando que:

(...) A eutanásia de animais é medida drástica e ineficiente no controle da leishmaniose visceral canina, sendo que a proteção dos animais em relação às práticas que possam provocar sua extinção ou que os submetam à crueldade é decorrência do direito da pessoa humana ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal (...) (Brasil, TRF 3. 2022)

Assim, promovida a relação de contiguidade dentro do contexto paradigmático em que os animais estão inseridos, sujeitos de direitos constitucionais, como: Dignidade, vida e meio ambiente equilibrados, temos a configuração sintagmática, gerando assim um deslocamento eixos metonímicos como descrito por Rosenfeld (2003, p 60). Sobre a metáfora e a Metonímia o Autor nos ensina:

O sujeito constitucional só poderia superar plenamente essa sua carência se ele se tornasse plenamente determinado, ou, em termos hegelianos, se ele se tornasse para si o que ele é em si, ou seja, um ser em si para si. Assim, a carência, o vazio, do sujeito constitucional, é, em último ermo, o desejo insatisfeito de determinação exaustiva. Essa determinação exaustiva, o entanto, só poderia se realizar como uma consequência de sua plena contextualização — ou seja, como o resultado de uma síntese de todas as manifestações concretas assadas, presentes e futuras do lugar do sujeito constitucional no interior da ordem constitucional. E isso, é claro, é impossível; não somente porque o futuro não pode ser plenamente profetizado, mas porque o passado não pode ser inteiramente recordado. (Rosenfeld, 2003, p. 70)

Assim a admissão da inserção do direito animal como “eu” identificado como sujeito constitucional confirma a necessidade de “invenção e reinvenção” da tradição da estabilidade da norma constitucional, fazendo assim com que a comunidade se torne plural e a busca desta nova identidade constitucional seja concretizada em efetivas ações. (Roselfeld, 2003, p. 73)

4 CONSEQUÊNCIAS DESSA NOVA CONCEPÇÃO

A Constituição Federal é a fonte primária das normas do Direito Animal, dela originam-se proibição de maus tratos contra animais, o princípio da dignidade animal, da educação animalista e da preservação.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de proibir a “farra do boi” e as rinhas de galos. Por sua vez precedentes no Superior Tribunal de Justiça, já reconhecem a possibilidade de “direito de visitas” a animais de estimação e em tribunais inferiores.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, já reconheceu a ilegalidade da prática de Jogos Germânicos (MARTINS, 2008) por causarem angústia e pavor em porcos e galinhas, e o Tribunal de Justiça do Paraná já admitiu que animais podem ser autores de demandas judiciais, desde que devidamente representados e na Argentina, à Chimpanzé Cecília foi dado o direito de não viver mais enjaulada (Maurício. 2016, p. 175-211). Monique Gonçalves ao escrever sobre o Dano animal, assim sustenta:

Enquanto as responsabilidades penais e administrativas já se encontram bem delineadas no ordenamento brasileiro e português, a responsabilidade civil ficou até agora praticamente esquecida no âmbito da proteção jurídica do animal, o que não é de todo compreensível, já que a imposição de sofrimento injustificado a um animal configura inegavelmente um dano e onde há dano deve haver responsabilidade. (Gonçalves, 2020, p. 35)

Sobre a figuração de animais como partes legítimas em processos judiciais, inúmeros são os exemplos reais já vislumbrados nos tribunais do Brasil e em alguns países da América Latina, “(...)todavia, são os tribunais latinoamericanos que tem tomado as decisões mais revolucionárias, reconhecendo não apenas que os animais são sujeitos de direito, mas que são dotados de capacidade para defender direitos próprios e juízo.” (GORDILHO. ATAIDE JR. 2020, p.3)

Disto, a construção da doutrina e da jurisprudência brasileira caminham no mesmo sentido, qual seja: de reconhecer a capacidade jurídica dos animais domésticos como sujeitos de direito e em razão deste reconhecimento qualificá-los como agentes ativos e passivos das normas infraconstitucionais válidas para seres humanos.

O Direito Animal não pode ser considerado um modismo ou coisa de só menos importância, mas deve impor-se e demonstrar o seu verdadeiro escopo com a convocação de toda a sociedade civil a acolher com solicitude esses animais não humanos como portadores de direitos subjetivos na defesa de seus mais sagrados interesses, e por que

não dizermos dos seus direitos fundamentais assegurados na nossa Constituição Federal. (Ferreira, 2011, p. 307)

Como consequência, da identificação do direito animal como sujeito constitucional o insere neste contexto, gerando para além do direito à uma vida digna, não degradante e equilibrada; demais garantias constitucionais petifricadas, onde vislumbra-se a necessidade do constituinte revisar suas bases legislativas, mormente a criação de arcabouço cível específico para regulanentar as novas formas de relação animal-homem, mas especificamente no tocante à direitos, como os de representação, a possibilidade de obtenção de reparação civil por danos sofridos, como implicações advindas das relações familiares como guarda, vizitação, alimentos e herança, entre outros direitos a serem assegurados.

5 CONCLUSÃO

Independendo da função que exercem no meio ambiente, aos animais já se reconhece a influência de regras e princípios legais em si mesmos. É neste sentido que no presente trabalho, a partir do livro: A Identidade do Sujeito Constitucional, escrito pelo Professor Michel Rosenfeld, buscou desenvolver a partir da legislação brasileira, mormente a Constituição Federal de 1988, se é possível integrar os animais à noção de Sujeito Constitucional Brasileiro, e não apenas à ideia de objeto de tutela estatal, dada a proteção jurídica que lhes é conferida pelo ordenamento constitucional.

Não só a possibilidade de dar reconhecimento aos referidos animais de companhia como também traçar quais seriam as consequências dessa nova concepção, foi que, partindo do pressuposto paradigmático contido na doutrina que deu base ao presente estudo, análise de dados coletados pelo IBGE e na legislação infraconstitucional, é que a possibilidade de reconhecer os animais de companhia como sujeitos constitucionais de direitos se impõe.

Dadas às profundas e complexas semelhanças, com outras identidades relevantes, tais como as identidades nacionais, culturais, étnicas e religiosas, somados dados censitários e na lei, verificamos que é crescente a escalada do reconhecimento dos animais como parte integrante da realidade social que vivenciamos e, que ao Direito socorre à necessidade de atualização da legislação atual tocante ao tema, uma vez que integrados à sociedade de forma concreta aos animais não se pode mais negar à proteção integral do direito à vida, saúde, alimentação, o combate à exploração servil e a prevenção de maus tratos à suas vidas.

Assim, a partir da alteração da base legislativa, que determina a proteção da Fauna, mormente a criação de arcabouço cível específico para regulanentar as novas formas de relação animal-homem.

Neste sentido, como consequência natural mas especificamente no tocante à concessão de direitos, teremos grande avanço no tema, conferindo aos animais de companhia, direitos como os da Proteção integral do direito à vida, saúde, alimentação, ao combate e punição da exploração servil, a prevenção e endurecimento da punição à maus tratos, os de representação, a possibilidade de obtenção de reparação civil por danos sofridos, concessão e aquisição de direitos advindos das relações familiares como guarda, visitação, alimentos e herança, entre outros direitos que deverm ser assegurados em favor da manutenção da proteção e nem estar da vida dos animais.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JR., Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no brasil e na América latina. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2. 2020, p. 1-20. Disponível em: <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2020/08/rufsm-a-capacidade-processual-dos-animais-no-br-e-al.pdf>. Acesso em 15 set 2022.

_____. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal** v.13, n.03. Salvador: 2018, p. 48-76. Disponível em: <https://portal.seer.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/28768/17032>. Acesso em 16 ago 2022.

_____. Princípios do direito animal brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 30, n. 01. Bahia: 2020, p.106-136 Disponível em: [PRINCÍPIOS DO DIREITO ANIMAL BRASILEIRO I Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito \(ufba.br\)](https://www.ufba.br/revista-do-programa-de-pos-graduacao-em-direito/2020/01/principios-do-direito-animal-brasileiro/). Acesso em 13 ago 2022.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. COURA, Alexandre de Castro. Igualdade, inclusão e a inexorável (re)construção da identidade do sujeito constitucional. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, v.8. 2010, p. 197–218. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/30>. Acesso em 10 out 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de Julho de 1934. Estabelecia medidas de proteção ambiental. Brasília: DF, Senado, 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 ago 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.197**, de 03 de Janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília: DF, Senado, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm Acesso em 18 out 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá

outras providências. Brasília: DF, Senado, 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 11 ago 2022

BRASIL. **Lei nº 14.064**, de 29 de Setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília: DF, Senado, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em 20 ago 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Brasília: DF, Senado, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 10 ago 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.794**, de 8 de Outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Brasília: DF, Senado, 2008. **Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. **Acesso em 22 out 2023**

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3 Região). **Apelação Cível nº 0001270-04.2008.4.03.6000-MS**. Apelante: Sociedade de proteção animal abrigo dos bichos. Apelado: Município de Campo Grande Relator: Desembargador Nilton Agnaldo Moraes dos Santos. São Paulo, 22 jul 2022 Publicação no Diário em 22 jul 2022. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/267347278>. Acesso em 15 ago 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. 19 jun 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-apos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx. Acesso em 16 ago 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC. Recorrente: Apende. Associação amigos de Petrópolis patrimônio e proteção aos animais e defesa da ecologia e outros**. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurelio Melo. Brasília, 03 jun 1997. Publicado no Diário da Justiça em 03 jun 1998. Ementário nº 1902-02. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500> Acesso em 16 nov 2023.

CARNEIRO, Manoel Franklin Fonseca. A dignidade do animal na Constituição. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/a-dignidade-do-animal-na-constituicao.>>. Acesso em 20 ago 2022.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v.8, n.12. Salvador. 2013, p. 307-353. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11733/8396>. Acesso em 02 set 2022

GONÇALVES, Monique Mosca. **Dano animal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

GORDILHO, Heron. BRITO, José de Santana. ALVES, Fernando de Azevedo. **Universal declaration of animal rights and brazilian law system**. Programa de direito animal. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 5, nº 4. Paraná. 2019, p. 987-1009. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/4/2019_04_0987_1009.pdf. Acesso em 11 ago 2022.

GUIMARÃES, Mariana Vasconcelos. FREIRE, José Ednézio da Cruz. MENEZES, Lea Maria Bezerra de. A Utilização de animais em pesquisas: breve revisão da legislação no Brasil. **Revista de Bioética**. 2016, p. 217-224. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DZgFdNFHRnCT8ydr5Ym7Cpp/?format=pdf&lang=t> Acesso em 12 set 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População de animais de estimação no Brasil em 2013. Em milhões**. ABINPET. 2013. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais/tematicas/documentos/_camaras-tematicas/insumos-agropecuarios/anos-anteriores/ibge-populacao-de-animais-de-estimacao-no-brasil-2013-abinpet-79.pdf. Acesso em 30 out 2022.

LUCENA, Luccas. Aprovado na Alesp, Executivo sanciona lei que cria Programa de Proteção e Bem-Estar dos Animais Domésticos. Lei altera o Código de Proteção aos Animais do Estado e aumenta as penalidades para maus-tratos animais. **Agora é lei**. Alesp. 07 jan 2022. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=432423>. Acesso em 10 out 2022.

MARTINS. Jomar. Jogos Germânicos. Caça a porcos, javalis e galinhas em gincana é crueldade animal, decide TJ-RS. Consultor Jurídico, 2008. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jan-08/tj-rs-proibe-municipio-promover-caca-animais-gincana/>. Acesso em 09 out 2022.

MAURICIO, Maria Alejandra. Presentacion efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpanzé “Cecilia” sujeto no humano. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v.11, n. 23. Salvador. 2016, p 175-211. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20374/12959> Acesso em 26 out 2022.

MOREIRA, Nelson Camatta. TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão judicial em busca de respostas adequadas à constituição. **Derecho y Cambio Social**. Ano 12, nº. 40. 2015, p. 1-33. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5460339> Acesso em 22 out 2022.

OLIVEIRA. Marcus Vinícius Xavier de. A identidade do sujeito constitucional em Michel Rosenfeld. Uma análise. **Âmbito jurídico**. jun, 2010 Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-identidade-do-sujeito-constitucional-em-michel-rosenfeld-uma-analise/>. Acesso em 15 ago 2022.

PONTES, Arthur Henrique de. CORNELI, Gabriele. Situação jurídica dos animais e propostas de alterações no Congresso Nacional. **Revista Bioética**, v. 25, n. 1. Conselho Federal de Medicina. 2017, p. 191-197. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3615/361550413021/html/>. Acesso em 20 set 2022.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. 1978 Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em 10 ago 2022

ASSISTÊNCIA SOCIAL ESTUDANTIL: REGIME JURÍDICO E INDICAÇÕES DE EFICÁCIA SOCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASISTENCIA SOCIAL ESTUDIANTIL: RÉGIMEN JURÍDICO E INDICIOS DE EFICACIA SOCIAL EN EL ESTADO DE SANTA CATARINA

Renan Eduardo da Silva¹

RESUMO

A presente pesquisa trata-se de uma investigação sobre o direito fundamental de assistência social com um recorte especial voltado à assistência estudantil. Ante o exposto, o trabalho investigativo procura por meio da verificação do regime jurídico e das indicações de eficácia social no Estado de Santa Catarina, demonstrar uma forma especial de assistência social existente no âmbito educacional.

Palavras-chave: assistência social estudantil; eficácia social; regime jurídico.

RESUMEN

Esta investigación es una indagación sobre el derecho fundamental a la asistencia social, con especial atención a la asistencia estudiantil. Teniendo en cuenta lo anterior, la investigación busca demostrar una forma especial de asistencia social que existe en el ámbito educativo, verificando el régimen jurídico y los indicios de eficacia social en el estado de Santa Catarina. Palabras clave: asistencia estudiantil; eficacia social; régimen jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O direito de segurança social é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 22) e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (art. 9).

No Brasil, o direito de segurança social aparece sob a expressão de seguridade social (art. 194 da CRFB), compreendendo os direitos de previdência social (arts. 201

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Contestado – UNC Concórdia. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado. Servidor Público Federal. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Contato: renan.silva@ifc.edu.br.

e 202 da CRFB), assistência social (arts. 203 e 204 da CRFB) e saúde (arts. 196 a 200 da CRFB).

Desta forma, como política de seguridade social, a Assistência Social é tratada nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal e na Lei n. 8472/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), assim da leitura do texto constitucional, nota-se que a assistência social como direito aos que dela necessitam, admite várias formas, sendo a mais conhecida, o amparo econômico às pessoas com deficiência e idosos de baixa renda denominado Benefício de Prestação Continuada (CRFB, art. 203, V).

No entanto, uma forma pouco explorada pela pesquisa acadêmica é a assistência social de caráter econômico a alunos. Essa modalidade de assistência social é chamada no âmbito das políticas sociais como assistência estudantil, ao que parece, o propósito dessa política é a construção de um sistema de proteção social com o desenvolvimento de ações assistenciais ao estudante carente, visando efetivar o direito fundamental de educação.

Portanto, o objetivo do processo de pesquisa volta-se ao estudo da assistência social e à compreensão da assistência estudantil, averiguando as conexões existentes desta com os direitos fundamentais de assistência social e de educação, conforme entendimento do regime jurídico e das indicações de eficácia social no Estado de Santa Catarina.

Para isso, o trabalho de pesquisa utiliza do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica-investigativa, a qual é conduzida em duas etapas: coleta de dados e informações e estudo analítico dos materiais colhidos.

Sendo que a estratégia metodológica para a coleta de dados e informações envolve a técnica de pesquisa normativa da assistência social e assistência estudantil, realizada pelo levantamento de informações no direito constitucional e infraconstitucional sobre os respectivos institutos conjugado a técnica de pesquisa documental da assistência estudantil em Santa Catarina, onde é feito um levantamento quantitativo de dados sobre estudantes beneficiados em duas instituições catarinenses de educação no modelo público (Instituto Federal Catarinense Campus Concórdia) e comunitário (Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Chapecó) no período de 2016 a 2019.

2 DA ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL COMO ASSISTÊNCIA SOCIAL

A construção do sistema protetivo da seguridade social é tema recente no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 inovou a ordem jurídica pela previsão inédita de um sistema de seguridade social destinado a assegurar direitos de previdência social, saúde e assistência social como direito à segurança social.

Desse modo, na condição de política constitutiva do sistema de proteção social brasileiro, a assistência social é definida como um dever do Estado e direito do cidadão que necessita de alguma forma de ajuda por ausência de cobertura do seguro social contributivo.

A assistência social, agora como elemento de política pública de proteção social, foi tratada nos artigos 6º, 203 e 204 da Constituição Federal. Quanto ao tratamento constitucional conferido à assistência social, Strapazzon (2016, p. 114) pontua que:

[...] o direito de assistência social (ou de ajuda coletiva, ou de cuidados especiais) foi estabelecido como direito especial das pessoas em situação de risco de vulnerabilidade, denominados equivocadamente no art. 6º de desamparados e no art. 203, de necessitados.

Contudo, mesmo com o tratamento ainda errôneo conferido aos titulares do direito assistencial, convém assinalar a posição de destaque da assistência social com a sua colocação no Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais –, no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal.

Dessa forma, partindo da leitura inicial dos incisos do artigo 203 da Carta Maior ressalta-se que a assistência social objetiva resguardar indivíduos como crianças e adolescentes carentes, pessoas portadoras de deficiência e idosos que não possuem condições de prover a própria subsistência, possibilitando proteção social em situações de vulnerabilidades no âmbito familiar, e nas fases da maternidade, infância, adolescência e velhice.

Ao mesmo tempo, a assistência social atua também como direito de aprimoramento das capacidades, já que busca a integração ao mercado de trabalho dos vulneráveis, por meio da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência com sua respectiva promoção a integração à vida comunitária.

Visando atender estes objetivos, o artigo 204 da Constituição estabelece mecanismos para atendimento destes fins, expondo que o custeio das ações na área da assistência social serão realizadas através de recursos do orçamento da seguridade social por meio de um sistema de proteção social próprio intitulado como Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o qual é descentralizado e coordenado nas esferas federal, estaduais e municipais, de tal modo que possibilite a formulação de políticas e de ações em todos os níveis da federação.

Assim, percebe-se que a concepção sobre o que é assistência social expressa um direito de transformação social, que se coaduna nos preceitos de combate à pobreza e de redução das desigualdades sociais e regionais presentes na Constituição Federal.

Logo, é nítido que a definição de assistência social trata-se de campo de análise amplo, e que não deve ser visto e nem atrelado unicamente à significação presente no regime do artigo 203 da CRFB de 1988.

Neste ponto, é necessária a compreensão da definição normativa, segundo a Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social-LOAS), conforme a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e a decorrente da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS).

Pela Lei nº 8.742, em seu artigo 1º, a assistência social é definida como direito do cidadão e dever do Estado, como política de Seguridade Social não contributiva que visa prover os mínimos sociais e é realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas (Brasil, 1993).

Para a PNAS, a nova concepção de assistência social como direito à proteção social e direito à seguridade social tem duplo efeito: o de suprir padrão pré-definido de recebimento e desenvolver capacidades para maior autonomia. Neste ponto, ela é aliada ao desenvolvimento humano e social e não tuteladora ou assistencialista, ou ainda, tão só provedora de necessidades ou vulnerabilidades sociais. O desenvolvimento depende de capacidade de acesso, vale dizer da redistribuição, ou melhor, distribuição dos acessos a bens e recursos, o que implica em incremento das capacidades de famílias e indivíduos (Brasil, 2004).

Nos termos da NOB/SUAS, tem-se a definição de que a assistência social, a partir dos resultados que produz na sociedade e tem potencial de produzir, é política pública de direção universal e direito de cidadania, capaz de alargar agenda dos direitos sociais a serem assegurados a todos os brasileiros, de acordo com as necessidades e independente de renda, pela condição inerente de ser de direitos (Brasil, 2012).

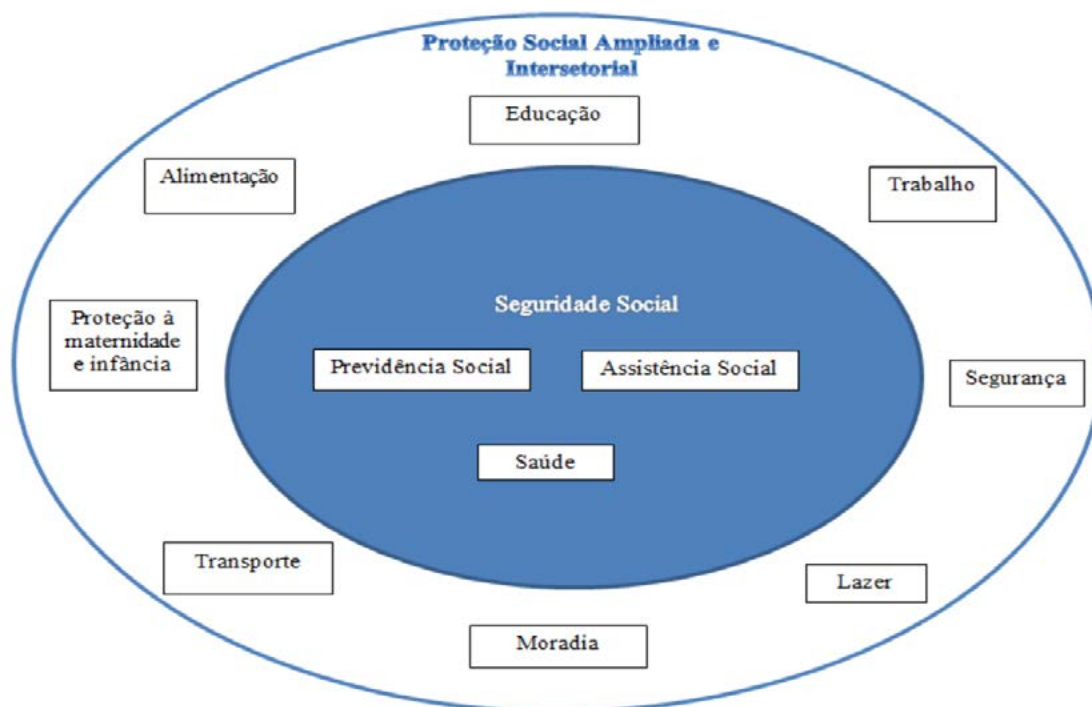
Desse modo, é evidente que o debate sobre a extensão conceitual da assistência social, não deve estar atrelado unicamente a preconceitos decorrentes da definição constitucional ou normativa, de modo que o direito assistencial brasileiro demanda uma compreensão multidimensional, no sentido de compreender os desafios das complexidades das necessidades humanas presentes na contemporaneidade.

Neste ponto, para compreensão da assistência estudantil como assistência social perpassa por uma leitura da norma constitucional, onde observa-se que a assistência social e a educação foram alçadas a categoria dos direitos sociais do artigo 6º da CRFB/1988. Como direitos marcados por uma ação positiva por parte do Estado e de natureza prestacionária, esses direitos devem ser interpretados de forma conjunta, tendo como exemplo maior, o direito integrado à seguridade social que conjuga os direitos à previdência social, à saúde e à assistência social.

Da análise dos três direitos da seguridade social, o modelo de proteção social previsto na Constituição Federal revela que a saúde é direito de todos, a previdência social demanda caráter contributivo para se outorgar a proteção e a assistência social destina-se a quem dela necessitar, independentemente de contribuição.

Partindo dessa premissa e tendo em conta que os direitos fundamentais têm natureza complementar, o entendimento da assistência a discentes como direito de assistência social perpassa pela compreensão sobre como se operam seus mecanismos de proteção social, pela noção de proteção social ampliada e intersetorial, advinda da articulação das políticas dos direitos de assistência social e educação.

Figura 1 – Proteção Social Ampliada e Intersetorial



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

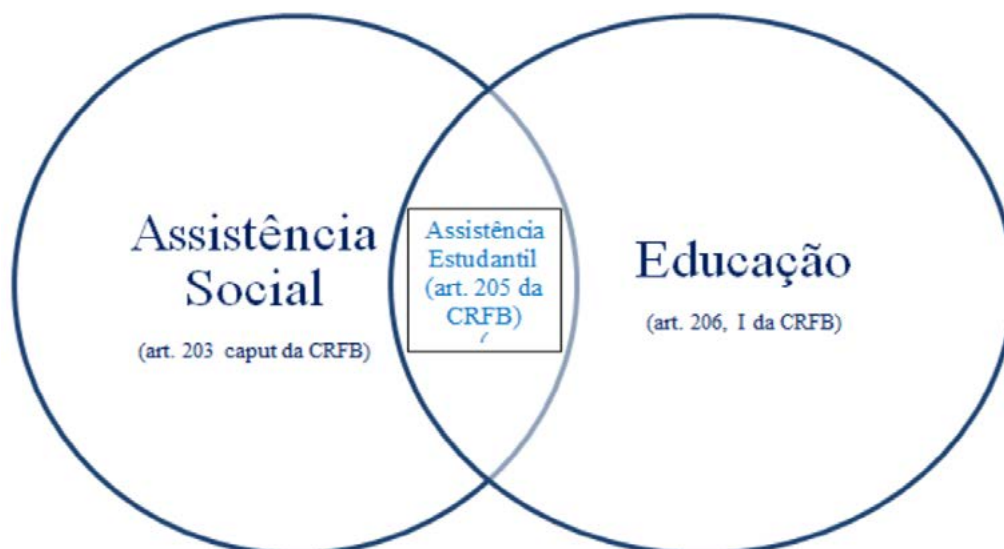
Nesse contexto, embora a Constituição Federal tenha trazido consigo a seguridade social como um conjunto integrado de ações destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, o sistema de proteção social não pode ser visto como uma norma fechada, tendo em vista que a intersetorialidade entre Políticas Públicas de outros direitos pode aprimorar o modelo e facilitar a expansão da proteção social. Nesse ponto, Mocelin (2019, p. 240) expõe que:

Embora o sistema de proteção social seja, a priori, compreendido por meio das políticas de seguridade social, principalmente da assistência social, existe também um entendimento de proteção social ampliada e intersetorial, o que inclui outras políticas sociais como educação, habitação, cultura, esporte e lazer. Tal perspectiva pressupõe um olhar ampliado acerca dos sujeitos em suas múltiplas dimensões, a superação da segmentação das políticas sociais, pois compreende os limites e as potencialidades de atuação de cada política social e uma articulação ora intersetorial, ora interinstitucional.

Com isso, dentro de uma perspectiva de proteção social ampliada e intersetorial, a assistência estudantil constitui-se como uma política de proteção social não contri-

butiva do direito de assistência social voltada a estudantes carentes para a efetivação do direito à educação, já que é focalizada em um modelo de segurança de renda por meio de benefícios financeiros (auxílio-alimentação, transporte, moradia, dentre outros) que guardam semelhança com a previsão constitucional do artigo 203, V, da CRFB, de modo que o benefício estudantil não possui natureza contributiva para a sua fruição e visa proporcionar meios de garantir a manutenção do estudante no âmbito escolar.

Figura 2 – Assistência Estudantil



Fonte: Elaborado pelo autor (2023).

Logo, a assistência estudantil pode ser vista como política que deriva da previsão constitucional do amparo aos necessitados, voltada à igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, onde o objetivo é assegurar a educação como direito de todos diante das dificuldades socioeconômicas de expressiva parte do segmento discente.

A assistência estudantil como parte do direito de assistência social, dentro da noção de proteção social ampliada e intersetorial, possui um público-alvo prioritário especificado pelo critério de renda, o qual é formado por estudantes em situação de vulnerabilidade socioeconômica, em que a renda familiar per capita é de até um salário mínimo e meio. De modo que, como vertente da assistência social ao mobilizar suas ações, a assistência estudantil estará garantindo meios para democratizar o acesso e garantir a permanência de estudantes no sistema de ensino, eliminando a variável impeditiva da baixa renda para a efetivação do direito fundamental a educação.

Nesse ponto, cabe trazer o Parecer nº 18.775/2016 do Ministério Público Federal na Apelação que envolve a Ação Pública 59.1307-CE que trata sobre a suspensão das bolsas do PNAES por decisão unilateral da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira (UNILAB):

II. Fundamentação

7. O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública em face de Universidade da integração internacional da lusofonia afro-brasileira – UNILAB, autarquia federal. A pretensão deduzida na referida ação consistiu na condenação da ora apelada a danos materiais e morais decorrentes do prejuízo que os cortes financeiros nos benefícios causaram aos estudantes e a suspensão imediata do corte dos benefícios PNAES.

8. A pró-reitoria da UNILAB informou, em 2014, que a partir de janeiro do ano de 2015, o benefício do PNAE seria cortado para aqueles estudantes que o cumulavam com o PBP. A UNILAB alega que esse cancelamento do PNAES se deve às restrições orçamentárias e que tais valores seriam utilizados para viabilizar a concessão de PNAES para os alunos recém-ingressos, pois, do contrário, ficariam sem receber.

11. Nos fundamentos da pretensão recursal, **ressalta-se o caráter assistencial do benefício, pois ele é concedido apenas para pessoas em condições de hipossuficiência e tem como razão de ser a concretização do direito fundamental à educação.**

12. **Ressalta-se também que a tese da reserva do possível não é aplicável ao caso, pois a concretização do direito fundamental à educação é oponível ao Estado-Administração. Além disso, trata-se de um benefício assistencial, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, reforçando a oponibilidade ao Estado-Administração e o descabimento da reserva do possível** (Ministério Público Federal, 2016, grifo nosso).

Assim, a assistência estudantil possui grande relevância, pois executa uma política de natureza eminentemente assistencial (voltada a estudantes de baixa renda) com fins educacionais (visa resguardar a igualdade de oportunidades, garantir a democratização do acesso e permanência e agir preventivamente nas situações de retenção e evasão diante do impeditivo da insuficiência de condições financeiras).

3 DO REGIME JURÍDICO DA ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL

Com o desenvolvimento do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), que visava o fortalecimento do sistema público de ensino superior, observou-se um crescimento expressivo no número de matrículas em universidades públicas, atrelado a esse acréscimo, sobreveio também um aumento no número de alunos em vulnerabilidade socioeconômica, especialmente após a Lei nº 12.711/2012 (Lei de Cotas).

Em razão disso, a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES), visando operacionalizar a ampliação de políticas

de inclusão expostas no artigo 2º, inciso V, do Decreto nº 6.096/2007 para o âmbito do ensino público superior, postulou no Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis (FONAPRACE) pela criação de um Plano Nacional de Assistência Estudantil.

O Plano Nacional de Assistência Estudantil por meio do diagnóstico da situação da estudante brasileiro estabeleceu metas, princípios e objetivos voltados à definição estratégica de uma política pública nacional de assistência discente. O objetivo seria viabilizar e consolidar a assistência estudantil como uma política de inclusão social, voltada ao acesso e permanência do estudante de baixa renda no sistema de ensino por meio de ações de assistência ao estudante.

Com isso, em um primeiro momento, a assistência estudantil foi concebida pelo Ministério da Educação por meio da Portaria Normativa nº 39/2007, o qual instituiu o Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES), tendo o mesmo sido, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 7.234/2010, ainda, no ano de 2010 foi instituído o Programa Nacional de Assistência Estudantil para as Instituições de Ensino Superior Públicas Estaduais (PNAEST) por meio da Portaria Normativa nº 25/2010 do Ministério da Educação.

Todavia, neste aspecto reside um problema, já que o regime jurídico da política de assistência estudantil tem como base normativa duas portarias e um decreto, o que representa uma política de governos e não uma política de Estado voltada ao estudante carente.

Desse modo, o objetivo deve ser o de buscar meios ou formas de consolidar a política de assistência estudantil, expandindo seus programas, suas ações e conferindo mais eficácia e eficiência a sua atuação. Quanto a esse propósito, já se observa projetos de lei que visam tornar a assistência estudantil uma política de Estado, conferindo o status de diploma legal superior (de decreto para lei), visando evitar sua descontinuidade, ou mesmo, a diminuição de suas ações por decisão política do Poder Executivo.

4 DAS INDICAÇÕES DE EFICÁCIA SOCIAL DA ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL NO ESTADO DE SANTA CATARINA

A pesquisa voltada às indicações de eficácia social da política de assistência estudantil em Santa Catarina demanda um estudo exploratório-comparativo sobre a execução de programas de benefícios financeiros destinados a estudantes de baixa renda do sistema público de ensino superior - Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES) – e para estudantes de baixa renda do sistema comunitário de ensino superior - Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU), logo,

para a compreensão do tema procedeu-se uma análise quantitativa do impacto das ações dos dois programas de benefícios financeiros, tendo como campo de pesquisa, o Instituto Federal Catarinense Campus Concórdia para o modelo público de ensino médio-superior e a Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Chapecó para o modelo comunitário de ensino superior, adotando-se como marco temporal de análise comparativa o período de 2016 a 2019.

4.1 A INSTITUIÇÃO EM ESTUDO: O INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE – CAMPUS CONCÓRDIA (IFC-CONCÓRDIA)

Localizado na região Oeste de Santa Catarina, na cidade de Concórdia, o atual Instituto Federal Catarinense Campus Concórdia iniciou suas atividades em 1965 como Ginásio Agrícola.

Em 1972 elevou-se da categoria de Ginásio para Colégio Agrícola (BRASIL, 1972b). Posteriormente, em 1979 passou a denominar-se Escola Agrotécnica Federal de Concórdia. Em 1993 foi transformado em Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Educação adquirindo autonomia didática, disciplinar, administrativa, patrimonial e financeira.

Por fim, em 2008 a Escola Agrotécnica Federal de Concórdia passou a integrar o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense (IFC), denominando-se Campus Concórdia (INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE, 2020b).

A área total do IFC Campus Concórdia é de 2.242.000m², sendo que desse total 27.397,68m² são de área coberta e 70.300m² de área construída. Sua estrutura física é composta por laboratórios de informática, biologia, solos, química, física, matemática, fenômenos de transporte, embalagens, análises sensoriais, bromatologia, microbiologia, biotecnologia; miniusina de beneficiamento em panificação, laticínios, produtos cárneos e vegetais, histologia, fisiologia, nutrição animal, bioquímica, análises clínicas, parasitologia, microbiologia, patologia, entre outros. Há também ginásio de esportes, campo de futebol, pista de atletismo, refeitório, biblioteca, alojamentos para estudantes – quatro masculinos e um feminino, centro cultural, centro administrativo, centro pedagógico, centro de educação tecnológica, auditório, parque tecnológico – tecnoeste, equoterapia e unidades educativas de produção agrícola e zootécnica. O quadro de servidores do campus é composto por docentes e técnicos administrativos efetivos, docentes contratados, terceirizados e estagiários, somando em torno de 270 pessoas (INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE, 2020b).

Trata-se de instituição que oferta ensino público e gratuito da educação de nível médio-técnico e superior em diferentes modalidades e áreas do conhecimento, por meio de formação inicial e continuada, pós-graduação e educação de jovens e adultos.

O Campus ministra os cursos: Técnico em Alimentos, Técnico em Agropecuária e Técnico em Informática para Internet – integrados ao ensino médio; cursos superiores de: Agronomia, Engenharia de Alimentos e Medicina Veterinária – Bacharelados, Física e Matemática – Licenciaturas, e Mestrado Profissional Produção e Sanidade Animal (INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE, 2020).

Conforme dados do Censo Interno do Instituto Federal Catarinense (INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE, 2020), o quantitativo de alunos da instituição de Concórdia é de 1.097 alunos no ano de 2016, 1.083 alunos em 2017, 1.358 alunos em 2018 e 1.326 alunos em 2019.

4.1.1 A assistência estudantil no ifc-concórdia

No cenário do Instituto Federal Catarinense Campus Concórdia, a Tabela 1 traz o quantitativo de beneficiários dos auxílios financeiros do Programa de Auxílio Estudantil (PAE) no período de 2016 a 2019, expondo a capilaridade do benefício de assistência financeira estudantil desenvolvido pela instituição.

Tabela 1 – Quantitativo de beneficiários PAE do IFC *Campus* Concórdia

Ano	Número total de alunos beneficiados pelo PAE
2016	239
2017	250
2018	301
2019	340

Fonte: Elaborada pelo autor (2023), com base nos dados do IFC (2020a).

Pela análise dos dados da Tabela 1, é possível perceber que há uma tendência de fortalecimento da política de assistência financeira estudantil do IFC Concórdia, a qual é expressa pelo aumento de alunos beneficiados pelo PAE.

A perspectiva do aumento do número de beneficiários do Programa de Auxílio Estudantil (PAE) no período de 2016 a 2019, revela um quantitativo crescente de alunos que não dispõem de condições de renda suficiente para custear suas necessidades mais básicas (necessidades habitacionais, educacionais, sanitárias, de transporte e de bens de consumo) e ao mesmo tempo, manter-se estudando. Necessitam, portanto, recorrer à política de assistência financeira estudantil do IFC Concórdia.

Assim, comparando os dados da Tabela 1, em face dos números do Censo Interno do IFC Concórdia, o percentual de beneficiários de auxílios estudantis em relação ao quantitativo de alunos da instituição de Concórdia é de 21,78% em 2016, 23,08 % em 2017, 22,16% em 2018 e 25,64 % em 2019.

Com isso, observa-se que no quadriênio analisado, foram beneficiados pelos auxílios financeiros do PAE um total de 1.130 estudantes, o que representa 23,23% do total de 4.864 alunos matriculados no IFC Concórdia no período de 2016 a 2019.

4.2 A INSTITUIÇÃO EM ESTUDO: A UNOESC CAMPUS CHAPECÓ

Mantida pela Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina (FUNOESC), a Universidade do Oeste de Santa Catarina conta com seis unidades (Capinzal, Campos Novos, Pinhalzinho, Maravilha, São José do Cedro e Xaxim) e cinco campi (Joaçaba, Videira, Xanxerê, São Miguel do Oeste e Chapecó).

O Campus Chapecó integra o modelo de uma universidade comunitária para a região Oeste de Santa Catarina, o qual foi credenciado pelo Ministério da Educação para atuar como instituição universitária em 1996 e, em 2009, foi credenciado para atuar na educação à distância (UNOESC, 2020).

A origem do Campus Chapecó remonta a década de 1960, estando ausente desde 2001 e retornando à cidade em 2009. Atualmente, o campus possui dezenas de laboratórios, 54 salas de aula, academia, auditórios, sala de dança, campos de futebol, um ginásio de esportes e ambientes para estudos coletivos e individuais, em que alunos estudam em 12 cursos de graduação presencial (Administração, Arquitetura e Urbanismo, Ciências Contábeis, Direito, Educação Física – bacharelado e licenciatura), Engenharia Civil, Engenharia da Computação, Pedagogia, Psicologia e Sistemas de Informação, além de cursos de graduação EAD, pós-graduação lato sensu nas mais diversas áreas profissionais, além de Mestrados e Doutorados em Administração e Direito (UNOESC, 2020).

Conforme dados do Censo Interno da UNOESC Chapecó disponibilizados pelo Serviço de Apoio ao Estudante (SAE Chapecó), o quantitativo de alunos da instituição de Chapecó é 2.224 alunos no ano de 2016, 2.417 alunos em 2017, 2.583 alunos em 2018 e 3.026 alunos em 2019 (UNOESC, 2020a).

4.2.1 A assistência estudantil na Unoesc Chapecó

No contexto da UNOESC Campus Chapecó, a Tabela 2 e 3 demonstra o quantitativo de bolsistas do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU) no modelo de bolsas decorrentes da previsão dos artigos 170 e 171 da Constituição Estadual de Santa Catarina no quadriênio de 2016 a 2019.

Tabela 7 – Quantitativo de bolsistas do artigo 170 CESC do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU) da UNOESC *Campus* Chapecó – 2016 a 2019

Ano	Número total de bolsistas do artigo 170 da CESC	Art. 170 – Bolsa de Estudo	Art. 170 – Bolsa de Pesquisa	Art. 170 – Bolsa PROESDE Desenvolvimento	Art. 170 – Bolsa PROESDE Licenciatura
2016	152	138	7	0	7
2017	142	128	12	0	2
2018	119	107	8	0	4
2019	342	289	38	2	13

Fonte: Elaborada pelo autor (2023), com base nos dados da Unoesc (2020a).

Tabela 8 – Quantitativo de bolsistas do artigo 171 CESC do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU) da UNOESC *Campus* Chapecó – 2016 a 2019

Ano	Número total de bolsistas do artigo 171 da CESC	Art. 171 – Bolsa de Estudo	Art. 171 – Bolsa de Pesquisa	Art. 171 – Bolsa Licenciatura
2016	33	20	13	0
2017	41	18	14	9
2018	26	9	8	9
2019	69	39	22	8

Fonte: Elaborada pelo autor (2023), com base nos dados da Unoesc (2020a).

Pelo estudo das informações contidos nas Tabelas 7 e 8, verifica-se que no decorrer dos quatro anos analisados, houve variações de aumento e queda do número de bolsistas do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU) no *Campus* da UNOESC Chapecó.

No entanto, apesar da tendência de variação do número de bolsistas no quadriênio de 2016 a 2019, observa-se que no período foram beneficiados com a assistência financeira estudantil proveniente do Estado de Santa Catarina um total de 924 alunos, sendo 755 bolsistas do artigo 170 da CESC e 169 bolsistas do artigo 171 da CESC.

Com isso, ao confrontar o quantitativo de beneficiários do UNIEDU do Campus da UNOESC Chapecó em relação aos dados do Censo Interno da instituição, tem-se o seguinte cenário: a) No ano de 2016, 185 alunos (8,32%) foram beneficiados por bolsas do UNIEDU, sendo 152 alunos (6,83%) com bolsas do artigo 170 da CESC e 33 alunos (1,49%) com bolsas do artigo 171 da CESC; b) No ano de 2017, 183 alunos (7,57%) foram beneficiados por bolsas do UNIEDU, sendo 142 alunos (5,88%) com bolsas do artigo 170 da CESC e 41 alunos (1,69%) com bolsas do artigo 171 da CESC; c) No ano de 2018, 145 alunos (5,61%) foram beneficiados UNIEDU, sendo 119 alunos (4,60%) com bolsas do artigo 170 da CESC e 26 alunos (1,01%) com bolsas do artigo 171 da CESC; e d) No ano de 2019, 411 alunos (13,58%) foram benefi-

ciados por bolsas do UNIEDU, sendo 342 alunos (11,30%) com bolsas do artigo 170 da CESC e 69 alunos (2,28%) com bolsas do artigo 171 da CESC.

Diante disso, observa-se que no quadriênio analisado, foram beneficiados pelos auxílios financeiros do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina (UNIEDU) um total de 924 estudantes, o que representa 9,01 % do total de 10.250 alunos matriculados no Campus da UNOESC Chapecó no período de 2016 a 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante aos resultados de pesquisa da compreensão do regime jurídico da assistência estudantil, evidencia-se que o âmbito protetivo da política de assistência a estudantes visa a proteção do estudante de baixa renda na educação superior, decorrente da insuficiência de condições financeiras para a manutenção da permanência no sistema de ensino.

Referente à averiguação da eficácia social da assistência estudantil em Santa Catarina, os resultados da pesquisa demonstram que no modelo público (Instituto Federal Catarinense Campus Concórdia) 23,23% de estudantes foram beneficiários de programas de assistência estudantil no período de 2016 a 2019, enquanto no modelo comunitário (Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Chapecó), o percentual de beneficiários de programas de assistência estudantil no período de 2016 a 2019 foi de 9,01 % de estudantes.

Diante dos resultados apresentados, foi possível inferir pela existência de uma forma especial de assistência social voltada a alunos, a qual pode ser denominada como assistência estudantil, que é meio para se efetivar o acesso à educação, direito fundamental (art. 6 da CRFB) regulado no art. 205 da Constituição Federal, de modo a realizar a finalidade constitucional de igualdade de condições para o acesso e permanência no sistema educacional, previsto no artigo 206 em seu inciso I, da Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências (LOAS). 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 24/11/2023.

BRASIL. Resolução CNAS nº 33, de 12 de dezembro de 2012. **Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social -NOB/SUAS.** 2012. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf. Acesso em: 25/11/2023.

BRASIL. Resolução nº 145, de 28 de outubro de 2004. Conselho Nacional de Assistência Social-CNAS. **Aprova a Política Nacional de Assistência Social (PNAS)**. Diário Oficial da União. 2004. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS_2004.pdf. Acesso em: 21/11/2023.

INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE – IFC. **Censo Interno**. 2020. Disponível em: <https://ifc.edu.br/2014/08/11/censo-interno/>. Acesso em: 17/11/2023.

INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE – IFC. **Políticas e Programas Estudantis**. 2020a. Disponível em: <http://estudante.ifc.edu.br/>. Acesso em: 17/11/2023.

INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE – IFC. **Sobre o IFC – Campus Concórdia**. 2020b. Disponível em: <https://ifc.edu.br/sobre-o-ifc/>. Acesso em: 17/11/2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Civil Pública 59.1307-CE 2016**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-deimprensa/docs/2016_11_23_parecer_corte_bolsas_unilab_ce.pdf. Acesso em: 12/11/2023.

MOCELIN, Cassia Engres. **Assistência estudantil como política de proteção social: uma possibilidade de seguridade social ampliada e intersetorial**. O Social em Questão, Ano XXII, n. 45, p. 239-260, 2019.

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC. **Conheça nossos Campi – Chapecó**. 2020. Disponível em: <https://www.unoesc.edu.br/unoesc/conheca-unoesc-single/chapeco>. Acesso em: 21/11/2023.

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC. **SAE – Serviço de Apoio ao Estudante**. 2020a. Disponível em: <https://www.unoesc.edu.br/atendimento/bolsas-de-estudo>. Acesso em: 2 jan. 2021.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. **O Direito Humano à Segurança Social: o regime constitucional do brasil comparado com 20 modelos estrangeiros**. Revista Brasileira de Direito Previdenciário, v. 34, p. 233, 2016.

ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO NA BUSCA DA DEFESA DOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

*Raabe Mendonça Bragança¹
Gilsilene Passon P. Francischetto²*

RESUMO

A necessidade de reconhecimento de todos os estratos sociais não apenas decorre do direito intrínseco de cada indivíduo ao respeito e solidariedade, mas também da compreensão da interconexão entre os membros da sociedade e da necessidade desse reconhecimento para a preservação do Estado Democrático de Direito, no qual as instituições têm o dever de proteger grupos em situação de desvantagem, indo além da legalidade formal para garantir direitos sociais e individuais, liberdade, segurança e justiça. Em que pese todas as instâncias do Estado devam zelar pela preservação da autonomia e preservação de todos os grupos sociais, o Poder Legislativo, por vezes, é influenciado por interesses privados refratários ao interesse público, de modo que o Poder Judiciário desempenha um papel primordial na defesa dos grupos vulnerabilizados ante à omissão do legislador. A prática consistente do ativismo judicial muitas vezes se torna o recurso disponível aos grupos em desvantagem social para alcançarem a efetivação de sua autonomia. Essa prática, entretanto, precisa de critérios fundamentados, de modo que as decisões jurídicas mantenham coerência com o sistema jurídico vigente. O judiciário deve buscar a única resposta correta com base em argumentos jurídicos e não políticos.

Ademais, no que se propõem a efetivar direitos e garantias fundamentais dos grupos em vulnerabilidade social, é preciso que o judiciário garanta a participação efetiva desses grupos na construção dessas decisões, sob pena de que não sejam impostas de fora como restrições que criem entraves ou substituam antigos problemas por novos. O artigo se utilizou do método dedutivo e da técnica de revisão bibliográfica, tendo concluído que o equilíbrio entre a proteção dos grupos vulneráveis e o respeito às leis vigentes exige uma abordagem holística,

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especializada em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie (SP). Especializada em Direito Marítimo e Portuário pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada empresarial na PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. Membro participante do Grupo de Pesquisa “Invisibilidade social e energias emancipatórias em Direitos Humanos”. E-mail: raabemb@hotmail.com

² Pós-doutora em Ciências Sociais pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Pós-doutora em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós graduada em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Graduada em Direito e Pedagogia. Graduanda em Sociologia. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Líder do Grupo de Pesquisa “Invisibilidade social e energias emancipatórias em Direitos Humanos”. E-mail: gilsilenepasson@uol.com.br.

considerando tanto os aspectos legais quanto os valores fundamentais de justiça e igualdade. A justiça social e a legalidade não devem ser encaradas como opostas, mas sim como componentes interligados de um sistema jurídico que busca, continuamente, aprimorar-se na promoção do bem comum.

Palavras-chave: estado democrático de direito; ativismo; direitos e garantias fundamentais; grupos vulnerabilizados.

ACTIVISMO JUDICIAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: EL NECESARIO EQUILIBRIO EN LA BÚSQUEDA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES

RESUMEN

La necesidad de reconocimiento de todos los estratos sociales no solo surge del derecho intrínseco de cada individuo al respeto y la solidaridad, sino también de la comprensión de la interconexión entre los miembros de la sociedad y de la necesidad de ese reconocimiento para la preservación del Estado Democrático de Derecho, en el cual las instituciones tienen el deber de proteger a los grupos en situación de desventaja, yendo más allá de la legalidad formal para garantizar derechos sociales e individuales, libertad, seguridad y justicia. A pesar de que todas las instancias del Estado deben velar por la preservación de la autonomía y la protección de todos los grupos sociales, el Poder Legislativo, en ocasiones, se ve influenciado por intereses privados refractarios al interés público, de modo que el Poder Judicial desempeña un papel crucial en la defensa de los grupos vulnerabilizados ante la omisión del legislador. La práctica consistente del activismo judicial a menudo se convierte en el recurso disponible para los grupos en desventaja social para alcanzar la efectividad de su autonomía. Esta práctica, sin embargo, necesita criterios fundamentados, de modo que las decisiones jurídicas mantengan coherencia con el sistema jurídico vigente. El poder judicial debe buscar la única respuesta correcta basada en argumentos jurídicos y no políticos.

Además, en lo que se propone para efectivizar derechos y garantías fundamentales de los grupos en vulnerabilidad social, es necesario que el poder judicial garantice la participación efectiva de estos grupos en la construcción de estas decisiones, so pena de que no sean impuestas desde fuera como restricciones que creen obstáculos o sustituyan problemas antiguos por nuevos. El artículo utilizó el método deductivo y la técnica de revisión bibliográfica, concluyendo que el equilibrio entre la protección de los grupos vulnerables y el respeto a las leyes vigentes exige un enfoque holístico, considerando tanto los aspectos legales como los valores fundamentales de justicia e igualdad. La justicia social y la legalidad no deben ser vistas como opuestas, sino como componentes interconectados de un sistema jurídico que busca, continuamente, mejorarse en la promoción del bien común.

Palabras clave: estado democrático de derecho; activismo; derechos y garantías fundamentales; grupos vulnerabilizados.

1 INTRODUÇÃO

O termo “ativismo judicial” não possui uma origem precisa, mas sua utilização é frequentemente atribuída ao século XX, quando tribunais de democracias ocidentais, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, começaram a adotar posturas impactantes em relação às políticas públicas e questões sociais. Esse movimento está relacionado, entre outros fatores, à mudança de perspectiva sobre o papel do Judiciário na interpretação das constituições.

Um aspecto central nas discussões sobre ativismo judicial é a definição de uma interpretação extensiva ou restritiva das constituições pelas cortes. Discute-se se a corte pode ou não tomar como pressuposto hermenêutico a existência de um “espírito” constitucional implícito a ser preservado quanto aos direitos fundamentais, mesmo que o texto constitucional seja silente. Ao longo dos anos, acumularam-se decisões judiciais que utilizaram argumentos não expressos claramente no texto constitucional, existindo exemplos paradigmáticos nos Estados Unidos que incluem os casos “Brown v. Board of Education” (WARREN, 1954) e “Roe v. Wade” (US REPORTS, 1973).

No Brasil, o tema do ativismo judicial ganhou grande repercussão nos últimos dez anos, especialmente com a transmissão televisionada dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Casos como o uso de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510) e a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo ao casamento civil (ADI 4.277) mobilizaram vários setores da sociedade para o debate sobre o papel do Judiciário em temas com repercussão política e moral.

Esse fenômeno relativamente novo de atuação do Judiciário tem despertado discussões intensas tanto sobre sua viabilidade quanto sobre seus limites. A doutrina se divide acerca do tema, sendo que, para alguns, o ativismo pode ser visto como uma aplicação direta da constituição a situações não contempladas expressamente em seu texto e como uma imposição de condutas ou abstenções ao poder público em matéria de políticas públicas e, para outros, esse fenômeno resulta em indevido constituinte derivado, uma vez que o Judiciário estaria legislando e invadindo competências legislativas, trazendo insegurança jurídica.

Dadas as controvérsias, não é possível assegurar um conceito único e claro do ativismo judicial, nem uma adesão universal em torno de seus limites, vantagens ou desvantagens. No entanto, é consensual que cabe ao Judiciário cumprir e fazer cumprir o texto constitucional no que tange aos direitos e garantias fundamentais, especialmente de grupos vulneráveis.

Diante das polêmicas que cercam o tema em debate, este artigo busca responder à seguinte questão de pesquisa: A prática do ativismo judicial promove a justiça ou ameaça o Estado Democrático de Direito?

2 PROMOÇÃO DA JUSTIÇA OU AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO? EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Ao longo dos anos, foram se acumulando os julgados em que o judiciário utilizou como *ratio* argumentos não expressos de maneira clara no texto constitucional. Nos Estados Unidos, por exemplo, dois casos paradigmáticos nesse sentido são os casos *Brown vs. Board of Education* (WARREN, 1954) e “*Roe v. Wade*” (US REPORTS, 1973).

No primeiro caso, Oliver Brown, um pai negro do Kansas, se opôs à política de segregação que forçava sua filha a frequentar uma escola para negros, apesar de haver uma escola para brancos próxima de sua casa que ela não podia frequentar devido à cor de sua pele. Os demandantes argumentaram que a segregação racial nas escolas públicas violava o princípio da igual proteção perante a lei, garantido pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. A questão central do caso era definir se a doutrina estabelecida no Caso *Plessy vs. Ferguson* (GROVES, 1951) anos antes, e que permitia a segregação racial desde que as instalações fossem “iguais”, ainda era válida.

Por unanimidade, a Suprema Corte, sob a liderança do Chefe de Justiça Earl Warren, declarou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional. A decisão afirmou que a doutrina de igualdade separada (*separate but equal*) estabelecida no caso *Plessy vs. Ferguson* não se aplicava às escolas, uma vez que a segregação racial nas instituições de ensino tinha um efeito intrínseco e prejudicial sobre as crianças negras, causando sentimentos de inferioridade. O tribunal considerou que a segregação nas escolas era inerentemente desigual (WARREN, 1954) e, portanto, violava a 14ª Emenda.

Os dois casos citados, *Plessy vs. Ferguson* (GROVES, 1951) e *Brown vs. Board of Education* (WARREN, 1954), revelam duas faces do ativismo judicial. Se em um primeiro momento a Suprema Corte interpretou a Constituição de modo mais abrangente com a finalidade de manter uma posição mais conservadora, no segundo caso esse mesmo alargamento de sentidos do texto constitucional serviu para a defesa de direitos e garantias fundamentais de um grupo vulnerabilizado, revelando que o ativismo não pertence propriamente a um grupo de interesses, mas sim se manifesta como uma técnica, um procedimento, um fazer interpretativo a ser manuseado de acordo com uma intencionalidade não previamente definida.

No caso “*Roe v. Wade*” (US REPORTS, 1973), uma mulher (chamada de modo fictício de Jane Roe), ajuizou uma ação em face do procurador distrital do condado de Dallas, no Texas, Henry Wade, alegando a inconstitucionalidade das leis texanas que proibiam o aborto. Nesse caso paradigmático para a época, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma decisão de 7 votos a favor e 2 votos contrários, decidiu que as leis contra o aborto eram inconstitucionais por violarem o direito à privacidade de uma mulher, garantido “implicitamente” pela 14^a Emenda, ou seja, haveria, no entender do judiciário, um direito não previsto expressamente na Constituição, mas que poderia ser deduzido de seus elementos.

No Brasil, o tema do ativismo judicial ganhou grande repercussão nos últimos dez anos, em especial com a transmissão televisionada dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Casos como o da extradição do italiano Cesare Battisti (Reclamação 29.066 e prisão preventiva para extradição 891), do uso de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), do uso de critério de cotas raciais para ingresso no ensino superior (ADPF 186), da constitucionalidade das terras dos remanescentes quilombolas (ADI 7008) e da equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo ao casamento civil (ADI 4.277), mobilizaram vários setores da sociedade para o debate sobre o papel do judiciário em temas com repercussão política e moral.

Na Argentina, em 2012, o “caso Arriola” (TREJO, 2016) também despertou amplos debates sobre o papel do judiciário na interpretação das leis, ao decidir que Maria Belén Arriola, uma jovem vítima de estupro, realizasse um aborto legal. O caso levou a Suprema Corte a rever a aplicação das leis de aborto da cidade de Buenos Aires, independentemente do Legislativo, e a declarar que qualquer mulher ou pessoa com a capacidade de gestar que engravide como resultado de um estupro deve ter acesso ao aborto legal sem a necessidade de autorização judicial.

No México, o “caso Atenco” (ROBLES, 2010) também pode ser analisado como uma nova postura do judiciário frente à garantia dos direitos fundamentais, quando a Suprema Corte do México adotou uma postura inovadora ao emitir decisões condenando as autoridades envolvidas pelo que entendeu como graves violações aos direitos humanos, após duros embates entre as forças de segurança e moradores e agricultores da região de Atenco que se opuseram à construção de um novo aeroporto e à desapropriação das terras necessárias à sua construção.

Os casos narrados possuem outros similares por toda a América, e em comum têm o fato de que o judiciário por vezes adota uma interpretação extensiva da Constituição, sendo protagonista de decisões que possuem um “largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade” (BARROSO, 2012, p. 23).

Esse modo relativamente novo de se portar perante os casos que são levados ao judiciário tem despertado discussões intensas tanto sobre a sua viabili-

dade, quanto aos seus limites. Não há uma definição clara e unívoca do ativismo judicial como algo positivo ou negativo. Ao contrário, a doutrina divide acerca do fenômeno.

Para Barroso (2012, p. 26), o ativismo pode ser definido como:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Na visão de Barroso (2021), o fenômeno do ativismo é fruto da judicialização da vida, ou seja, do fato de que, a cada dia mais, questões que tradicionalmente caberiam ao Legislativo ou ao Executivo, são levadas ao Judiciário. Essa seria uma tendência mundial, ou, no caso do Brasil, seria uma tendência com características eminentemente nacionais, derivada do processo de redemocratização do país, da falta de prestígio do Legislativo, do modelo de controle de constitucionalidade adotado e da ampla cobertura de temas por parte da Constituição de 1988. Barroso identifica no ativismo uma transformação da política em direito e das prestações estatais em pretensões jurídicas, que podem ser formuladas sob a forma de ação judicial, *bypassando* o processo político majoritário quando este se mostra inerte. Assim, o “[...] Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não as ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito” (BARROSO, 2012, p.25).

Na mesma linha defendida por Barroso, para Gargarella (2017), a visão de que o juiz não pode fazer cumprir direitos sociais quando a interpretação literal da Constituição não permite fazê-lo, seria limitar o papel dos juízes em relação aos direitos sociais, em detrimento aos direitos civis e políticos, que os juízes seriam inequivocamente obrigados a aplicar.

Portanto, Barroso e Gargarella entendem que o ativismo seria um controle contra majoritário necessário, na medida em que seria um importante meio para a proteção das minorias contra a vontade da maioria (BICKEL, 1986, p. 17). De fato, segundo essa linha de pensamento, os grupos cujos interesses não são compartilhados pela maioria que elegeu os membros do parlamento e do executivo, jamais alcançariam suas legítimas pretensões sem que o judiciário os servisse de ponte. Assim, o ativismo judicial encontraria, nessa corrente doutrinária, sua legitimação.

Se para Maquiavel (2019), os meios poderiam ser moralmente questionáveis para obter um resultado, para os defensores do ativismo, os meios seriam a única forma moralmente aceitável e possível em determinado contexto de inatividade do

Legislativo e do Executivo para se alcançar um resultado que entendem condizente com o ordenamento jurídico.

Entretanto, essa visão não é indene de críticas. Para Martins (2011), o ativismo judicial resulta em indevido constituinte derivado, na medida em que o judiciário estaria legislando e invadindo as competências legislativas da União e dos Estados, trazendo insegurança jurídica, pois não se poderia prever de que maneira a Suprema Corte iria modificar a legislação vigente. Portanto, de acordo com essa visão, caberia ao judiciário atuar apenas como legislador negativo, pois, ao contrário, um poder técnico (juízes), muitas vezes indicado por um homem só, faria leis em lugar dos representantes eleitos pela sociedade. E completa que, “[...] o mais grave, todavia, é que, se o próprio Judiciário se transformar de poder negativo em positivo, não haverá a quem recorrer, pois quem fará a lei será o seu próprio julgador” (MARTINS, 2016, p. 143).

Para Ferreira Filho (2019), o ativismo judicial é um fenômeno sociológico que assume as feições de militância sem doutrina definida e que se volta contra o direito positivo e contra as práticas ou concepções tradicionais, desprezando o estado de direito e utilizando critérios subjetivos, sem considerar as decisões judiciais de jurisprudência arraigada, invadindo a esfera dos demais Poderes. Poder-se-ia falar, portanto, em um “consequencialismo”, na medida em que seria justificado o descumprimento de uma norma legal em prol do que se entenderia como consequências indesejáveis de sua aplicação, fundadas apenas no entendimento acima da lei emanado pelo prolator.

No entender de Streck (2014), a discricionariedade judicial é antidemocrática, fragiliza o grau de autonomia do direito como ciência, e resulta em um relativismo valorativo e um ativismo pragmatista, fragmentando a jurisprudência e causando situações nas quais não se pode depreender qual foi o processo de justificação das decisões, pois, muitas vezes, quem decide sobre questões político-jurídicas não estaria esclarecendo previamente os conceitos com os quais está operando no momento da decisão.

Dadas as controvérsias expostas, não é possível assegurar um conceito legal ou doutrinário único do ativismo, nem ao menos qualquer adesão universal em torno de seus limites, vantagens ou desvantagens. Entretanto, embora não haja consenso na doutrina acerca do fenômeno caracterizado pelo ativismo judicial, dentre os textos analisados, não identificamos oposição ao fato de que cabe ao judiciário cumprir e fazer cumprir o texto constitucional no que tange aos direitos e garantias fundamentais, em especial de grupos vulnerabilizados. Ou seja, inobstante as discussões a respeito dos posicionamentos polêmicos protagonizados pelas Cortes, a proteção aos direitos humanos com um olhar das peculiaridades dos sujeitos é tema que não sofre restrições por parte da doutrina.

Para Piovesan (2005, p.1), é necessário especificar os sujeitos de direito que devem ser protegidos, pois existem particularidade e peculiaridades não pertencen-

tes ao grupo geral. A autora chama a atenção para a “[...] necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade”.

Assim, em que pesem as polêmicas que cercam o ativismo judicial, é fato que existem interesses pertencentes a grupos não representados pelo parlamento ou pelo executivo e que também precisam de uma via legítima de expressão e concretização de direitos. Concordam Moretti e Costa (2016, p.128) que o Poder Judiciário tem papel relevante na concretização dos direitos sociais que “não são efetivados pelos poderes que detém competência para tanto, garantindo a fruição dos direitos fundamentais àqueles que não podem pagar por eles no atual estado de mercantilização desses direitos”. A questão é saber se existiria uma forma de atuação do Poder Judiciário que viabilizasse essa representatividade dos grupos minoritários de forma equilibrada com o princípio democrático. Essa é a inquietação que nos move nesse artigo, conforme retomaremos adiante.

3 LEGITIMAÇÃO DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Em consonância com as ideias de Taylor (2000), acreditamos que a imagem depreciativa que lançamos sobre o próximo pode se transformar em opressão, na medida em que existe uma relação intrínseca e dialógica entre a construção da identidade do outro e o nosso olhar. Nesse sentido, para esse autor, o reconhecimento das identidades dos grupos que formam a sociedade não se traduz em mero favor, mas sim em uma necessidade vital, tanto para indivíduos quanto para grupos com identidades minoritárias.

A necessidade de reconhecimento de todos os grupos que formam a sociedade deriva não só do direito intrínseco de respeito e solidariedade que cada um possui, como também da percepção de que todos os indivíduos que compõem a sociedade estão interligados, de maneira que o olhar depreciativo lançado sobre uma determinada parte pode comprometer o todo, todo este que deve ser resguardado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido como aquele que proporciona uma “[...] convivência social numa sociedade livre, justa e solidária [...] pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõem o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes [...]” (SILVA, 1988, p.22). Nesse sentido, podemos afirmar que a falta de reconhecimento das diferenças é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Essa falta de reconhecimento atinge um conjunto de pessoas que, devido a características específicas, estão expostas a um maior risco de discriminação, ex-

clusão social, violência e desvantagens em comparação com outros segmentos. Tais características podem incluir, mas não se limitam a, etnia, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, idade, condição socioeconômica e deficiência.

É preciso destacar que os indivíduos ou grupos em desvantagem não se encontram nessa condição por uma questão natural ou intrínseca, mas sim em razão de um processo histórico que os levou à determinada subjugação. Não se duvida mais da necessidade de proteção desses grupos contra as mais variadas violências e abusos perpetrados em nosso cotidiano. Concordamos com Bobbio (2004, p. 16), ao afirmar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Assim, nos parece necessária a discussão sobre uma possibilidade de legitimação para a proteção dos grupos vulnerabilizados, tanto para garantir mecanismos de atuação positiva do estado, quanto para garantir a tolerância sob o viés do “respeito à pessoa alheia” (BOBBIO, 2004, p.88).

Cada grupo apontado como vulnerabilizado enfrenta situações específicas, dignas de atenção especial. À guisa de exemplo de como esses grupos são vulnerabilizados, analisaremos a situação das mulheres, das crianças e adolescentes, dos negros e das pessoas idosas. Em relação às mulheres, existem situações de desigualdade salarial para funções exercidas em equivalência com os homens, assédio sexual, feminicídio, falta de representatividade numérica em cargos de liderança e em cargos políticos, bem como estereótipos de gênero que muitas vezes pretendem direcionar as expectativas e oportunidades de modo diverso para o masculino e para o feminino.

De acordo com Bonetti (2011, p.94) nossa sociedade “atribui um valor negativo [...] àquilo que é considerado feminino”. Assim, em determinadas áreas, pesquisas já constataram que, mesmo que as mulheres tenham as mesmas qualificações para o trabalho ou, às vezes, uma taxa até maior de educação, a sociedade enxerga um valor reduzido ao trabalho feminino em comparação àquele gerado pelo masculino, o que revela um sexismo em relação ao tratamento dado às mulheres. Segundo a pesquisa feita por Checon, Gomes e Yoshinaga (2023) em relação à desigualdade de gênero no mercado financeiro, existe um estereótipo de que as mulheres não seriam feitas para trabalhar em finanças porque possuem habilidades inferiores às dos homens em exatas. Além disso, a pesquisa aponta que as mulheres são consideradas menos comprometidas com o trabalho do que os homens, pois, ao contrário da prática *workaholic* masculina de cumprir jornadas que ultrapassam 12 horas diárias que avançam sábados, domingos e feriados, as mulheres se dividem com as funções de cuidado da família.

Na pesquisa conduzida por Collini (2014) sobre a vivência de homens e mulheres no mercado financeiro, os relatos dos entrevistados revelam práticas de assédio e discriminação, a partir de uma crença de que o ambiente corporativo seria natural-

mente pertencente à masculinidade e, portanto, caberia às mulheres se adaptarem àquilo que seria típico deste ambiente.

Os estereótipos lançados sobre a figura feminina são o principal modo de vulnerabilização desse grupo social. Por meio da publicidade, em especial, se formou em nossa sociedade uma forma distorcida de enxergar a mulher, sempre em situação de desvantagem e como objeto de desejo, com fotos que em sua maioria destacam partes do corpo ou colocam a mulher como fútil. Tais crenças e valores depreciativos a respeito do feminino podem suscitar em muitos desdobramentos nefastos.

De fato, a vulnerabilização das mulheres, causada a partir de uma visão de que não são intelectualmente capazes ou de que seu trabalho não agrega para a sociedade o mesmo retorno financeiro que o trabalho masculino, leva a distorções severas que resultam em menos valia e objetificação da mulher, o que dá espaço para o surgimento de graves violações a seus direitos e garantias fundamentais, chegando a extremos de desvalorização do feminino, como é o caso da violência doméstica contra a mulher e do tráfico internacional de pessoas.

De acordo com o relatório de avaliação de necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos da clínica de trabalho escravo e tráfico de pessoas da faculdade de direito da UFMG (2022), das 714 vítimas analisadas, 688 eram mulheres, sendo que a maioria das acusações de prática de tráfico se destinava à exploração sexual.

No caso das crianças e adolescentes, sua vulnerabilização resulta da idade, na medida em que não possuem todas as ferramentas da vida adulta para se defenderem de situações para as quais os adultos já conseguem administrar sozinhos. Situações como abuso, negligência e violência doméstica infelizmente permeiam o cotidiano desse grupo social extremamente negligenciado pelo estado e pela sociedade.

Priore (2010) chama a atenção para os estereótipos criados pelos médicos e legisladores do século XX em torno das crianças e adolescentes, que teriam quase a obrigação de serem saudáveis, obedientes e sem vícios, sob pena de serem confinadas em instituições nas quais encontrariam de vez os mecanismos para sua definitiva exclusão social, transformando sua vivência de “menor da rua” para um estigma de “menor de rua”.

Uma das formas modernas de negligência com as crianças e adolescentes e que é um remanescente da ideia de mantê-los “saudáveis e obedientes” diz respeito ao abandono de crianças e adolescentes ao mundo virtual. Os cuidadores cada vez mais negligenciam os limites que se devem dar às crianças e aos adolescentes sobre o uso de telas. De acordo com Kang (2021), o uso de tecnologias computacionais pelas crianças tem trazido diversas consequências, tais como o *cyberbullying* (assédio virtual), a privação do sono, uma postura inadequada, a redução da visão, ansiedade, depressão, distúrbio da imagem corporal e vício. E alerta que “todo esse cenário está

(...) interrompendo a conexão de impulsos biológicos básicos para que interajam, tornem-se independentes e até mesmo procriem” (2021, p. 21).

Segundo dados de 2022, extraídos de reportagem da revista Exame (EXAME, 2022), as *Bigh Techs* Meta e Facebook já enfrentavam oito processos protocolados em tribunais nos EUA, nos quais eram acusadas de criar intencionalmente algoritmos que afetam negativamente a saúde de adolescentes. O uso excessivo das redes sociais teria levado a tentativas ou suicídios reais, distúrbios alimentares, insônia, dentre outros problemas.

De acordo com reportagem da BBC veiculada em 05 de outubro de 2021 (BBC NEWS, 2021), a ex-funcionária do *Facebook* Frances Haugen, compareceu ao Senado dos Estados Unidos para depor contra a empresa em função do que entendia como prática danosa às crianças, e, em julho de 2022, ao vir ao Brasil para participar de uma audiência pública sobre o projeto de lei das *fake news* e dialogar com organizações da sociedade civil, sentenciou: “As plataformas digitais não são desenhadas para crianças”. Haugen explicou, em entrevista à Calgaro, do Portal Lunetas (2022) que:

crianças são mais suscetíveis a comportamentos impulsivos. O fato de as plataformas digitais serem desenhadas para ‘viciar’ somado à falta de senso de autorregulação das crianças gera consequências muito sérias. Por exemplo: ao criar uma conta nova no Instagram e começar a seguir assuntos inócuos, como receitas saudáveis (clcando no conteúdo que é apresentado no *feed* e seguindo as *hashtags* sugeridas), você será levado a conteúdos de transtorno alimentar em duas ou três semanas. É claro que os desenvolvedores não fazem isso pensando: ‘Ah, vamos causar distúrbios alimentares nas crianças!’. Mas ninguém questiona como os sistemas de classificação de engajamento funcionam.

Quanto aos negros, especialmente no Brasil, Sodré (2018) analisa que a abolição da escravidão não estava comprometida com a realidade social do país, mas sim com a adequação das ideias nacionais ao ideário da Europa. Para o autor, o processo de abolição brasileiro teve a função apenas de externar uma aparência de modernidade, mas, no íntimo, a necessidade de manter as diferenças entre brancos e negros persistiu. Afirma Sodré (2018, p.6) que “era preciso ter um perfil identitário com alguma valorização frente à Europa e, ao mesmo tempo, manter nos lugares dominados os índios e os negros”. Esses lugares dominados, analisa o autor, seriam formas de suprir o que chama de “*saudade desrespeitosa do escravo*”, através da reinterpretação da escravidão por meio da seleção de mão de obra, dos empregos de domésticas e babás (que substituiriam as amas-de-leite) e outras formas culturais e midiáticas desrespeitosas em torno da figura do negro.

A vulnerabilização dos negros, portanto, se dá em função de uma construção histórica de uso da força física por parte dos povos dominadores e, mais recentemente, por meio dos estereótipos e uma noção subconsciente de que devem ser mantidos “por perto, mas afastados” e circunscritos a lugares determinados e inelásticos dentro do meio social.

De acordo com a última pesquisa realizada pelo Instituto Ethos em 2016, denominada de “perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas”, não existe dentre as grandes empresas no Brasil ações com metas e iniciativas verdadeiramente planejadas para incentivar a presença de negros em seus quadros.

A análise feita em informativo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre a “pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua” (2021), nos confirma que ainda existem no Brasil diferenças relevantes entre os rendimentos de pessoas ocupadas brancas e negras. De acordo com as conclusões do estudo, pessoas brancas com ensino superior completo ganham, em média, 50% a mais do que as pessoas de cor ou raça preta e 40% a mais do que as pardas. Ainda, em relação às diferenças de representatividade em cargos de liderança, os dados apontam que, em 2021, somente 14,6% das pessoas ocupadas em cargos gerenciais eram pretas ou pardas, quando, entre as pessoas brancas, esse percentual atingiu 84,4%.

Em sua análise da formação cultural brasileira, Holanda (1995) reflete sobre a configuração predominantemente rural e latifundiária de nossa sociedade, que reflete até os dias atuais as relações entre senhores e escravos. Segundo esse autor, a cultura nacional é marcada pela busca de interesses egoísticos, denominada por ele de “cordialidade”, em atenção à etimologia da palavra cordial, que remete ao coração, órgão guiado pelas emoções. Nesse sentido, a tradição brasileira é impulsionada por interesses pessoais, de forma que “os pioneiros de nossa Independência e da República [...] não desejavam em nada modificar a situação dos negros escravos [...]” (HOLANDA, 1995, p. 187).

O último grupo que abordaremos nessa perspectiva de vulnerabilidade, é o grupo formado pelas pessoas idosas, tido muitas vezes como um peso social e responsabilizados pelo custo da Previdência Social, ao mesmo tempo em que sofrem uma severa omissão em relação a políticas públicas, bem como maus tratos e negligências tanto pelas instituições quanto pelos cuidadores particulares. Como assevera Minayo (2003, p. 785), existe um “imaginário social que considera a velhice como decadência” o que, a nosso ver, poderia encobrir uma negligência da sociedade quanto aos maus tratos e abusos físicos, psicológicos e sexuais, abandono, dentre outros, sofridos por essa população.

Minayo (2003, p. 790) destaca a necessidade de “políticas públicas que redefinam, de forma positiva, o lugar do idoso na sociedade e privilegiem o cuidado, a

proteção e sua subjetividade, tanto em suas famílias como nas instituições, tanto nos espaços públicos como nos âmbitos privados”.

Ao refletir sobre o significado da velhice na sociedade brasileira, Debert (2000, p. 147) conclui que, nos últimos anos, o tema deixou a esfera privada para se tornar uma questão pública, criando-se um campo específico do saber (Gerontologia), instituições específicas e “tentativas de homogeneização das representações da velhice” com a produção de uma nova categoria cultural, os idosos, os quais se caracterizariam negativamente como pertencentes a um contexto de decadência física e perda do papel social, em especial na cultura brasileira.

A autora destaca ainda a acumulação de problemas que ocorrem na velhice, tais como pobreza e avanço da idade, fazendo com que as pessoas já em situação de desvantagem social em função de condições socioeconômicas acumulem fatores de invisibilidade social. Tudo isso ocorre ainda em uma época na qual houve drástica redução do número de filhos, diminuindo ainda mais a rede de apoio da pessoa idosa. Portanto, no “Brasil, o declínio da família extensa, combinado com um Estado incapaz de resolver os problemas básicos da maioria da população, deixa os idosos em situação de extrema vulnerabilidade” (DEBERT, 2000, p. 150).

Sobre o tema, destacamos ainda o texto da Repercussão geral no recurso extraordinário 630.852, no qual afirma o Supremo Tribunal Federal (STF) que, com a Constituição Federal de 1988, o idoso, juntamente com o consumidor, surge como sujeito com direito à proteção especial, e complementa que “o idoso é um consumidor duplamente vulnerável”, e não por coincidência presenciamos diariamente a exploração desse grupo social pelos mais variados seguimentos de empresas, que se valem de abordagens maliciosas, principalmente no meio virtual, ambiente no qual a população idosa seria, parafraseando o STF, “triplamente vulnerável”. Nas palavras de Pereira (2011, p. 33) “[...] um sistema jurídico que estabeleça mecanismos e instrumentos aptos a assegurar os direitos fundamentais dos idosos, conferindo-lhes cidadania e possibilitando a sua inclusão social torna-se absolutamente imprescindível”.

Dado todo o contexto de vulnerabilização dos grupos exemplificados acima, percebemos que as fragilidades a que estão expostos são fruto de uma práxis social, legal e jurisdicional cordial e individualista que se nutre de uma imagem depreciativa em relação aos grupos minoritários, impedindo sua legitimação dentro do Estado Democrático de Direito. Constatada a opressão depositada sobre determinados indivíduos dentro da sociedade, é inegável a necessidade de que existam mecanismos aptos a favorecer o protagonismo dessas minorias no que tange à construção de suas identidades sociais e efetivação de direitos, pois, sem esse protagonismo, não se pode falar em Estado Democrático de Direito, na medida em que “o direito deve defender equitativamente a autonomia de todos os envolvidos e atingidos [...] sem que

os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele” (HABERMAS, 2007, p. 289-294).

Essa legitimação das minorias pode se dar por meio de políticas públicas, fóruns de discussão, conscientização midiática, mobilização do parlamento e também por meio do judiciário. E é com relação a este último veio de efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulnerabilizados que nos deteremos com maior atenção.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A BUSCA DE UM EQUILÍBRIO PARA A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NA DEFESA DOS GRUPOS VULNERABILIZADOS

Como pudemos observar no capítulo 2 desse artigo, dentre as críticas ao ativismo judicial, encontramos recorrentemente a menção à violação do Estado Democrático de Direito, sobretudo por se tratar de uma prática contramajoritária que resultaria em um constituinte derivado à revelia das leis vigentes. Entretanto, é preciso observar que a estrutura do Estado Democrático de Direito não se limita apenas a juntar formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Na realidade, implica na criação de um novo conceito que não apenas compreende os seus elementos constituintes, mas os transcende e inaugura uma nova significação para Estado de Direito ao ser qualificado pelo termo “democrático” (SILVA, 1988, p. 21).

É forçoso reconhecer que, todas as forças institucionais atuantes do Estado Democrático de Direito, a saber o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, possuem o dever de proteção dos grupos que, de alguma forma, estão em situação de desvantagem na sociedade.

O conceito estrito de legalidade formal, muitas vezes utilizado como barreira à proteção dos grupos vulnerabilizados, é uma “redução deformante do Estado de Direito” (SILVA, 1988, p.17), cuja moldura já não abarca toda a complexidade do próprio conceito de Direito como forma de promoção de justiça social.

Ocorre que, muitas vezes, o processo decisório político do Poder Legislativo é guiado por situações que não representam nem a maioria, como aspirante de um interesse coletivo, nem tampouco a minoria em desvantagem social, mas sim interesses privados específicos de minorias sociais refratárias à maior parte dos interesses públicos. Assim, sob o manto de defesa da democracia, o Legislativo age em determinadas hipóteses movido por “grupos de pressão”, definidos como a “atividade de um conjunto de indivíduos que, unidos por motivações comuns, buscam, através do uso de sanções ou da ameaça de uso delas, influenciar sobre decisões que são tomadas pelo poder político” (BOBBIO, 1998, p. 564), não sendo possível afirmar se neces-

sariamente as decisões tomadas com base em tais pressões estão em consonância com o interesse geral.

Nessa lacuna de atuação do Poder Legislativo, o Poder Judiciário cumpre um papel crucial na defesa dos grupos vulnerabilizados, na medida em que a judicialização abre portas para suprir aquilo que o legislador omite. Não se pode negar, por exemplo, que sem a decisão expressa na ADI 4277, não haveria, até hoje, solução legislativa para amparar os direitos patrimoniais decorrentes das uniões entre casais homoafetivos.

Nesse sentido, os valores da democracia se irradiam para toda a ordem jurídica, e o Direito, imbuído desses valores, deve se ajustar ao interesse coletivo. De fato, o preâmbulo da Constituição de 1988, deixa claro que se trata da instituição de um Estado Democrático, o qual visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Daí se extrai que o processo democrático deve buscar a libertação da pessoa humana das formas de opressão, e não apenas o reconhecimento formal de direitos.

Como afirma Habermas (2007, p. 170), “[...] as minorias não devem ser submetidas sem mais nem menos às regras da maioria [...] O princípio da maioria em si depende de pressupostos a respeito da unidade”. É fundamental destacar que o princípio da legalidade constitui um pilar essencial do Estado Democrático de Direito, pois, ele não apenas implica a submissão à Constituição e serve como base da legalidade democrática, mas também concretiza a igualdade e a justiça, como princípio que deve aplicar-se a todos, com o objetivo de equalizar os grupos vulneráveis, priorizando os direitos e garantias fundamentais.

Não podemos ainda nos valer dos conceitos de democracia ou de legalidade do Estado Liberal, ou do Estado de Direito clássico, sob pena de menosprezar a cunhagem da expressão Estado Democrático de Direito como fundamento de um novo paradigma na compreensão de que há um rompimento com regras rígidas em relação às intervenções que o Estado deve fazer para modificar realidades em prol de uma sociedade igualitária.

Assim, a democracia não pode ser vista somente como a vontade da maioria, mas como um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana não só do povo, mas de todo o povo, com respeito a todas as formas de ideias e grupos que formam a sociedade. Do mesmo modo, a lei não pode mais ser definida como formalmente geral e abstrata, mas sim como vetor de realização de direitos de todos os grupos sociais.

Partindo dessas premissas, dentro do Estado Democrático de Direito existe espaço para uma atuação mais abrangente do judiciário, que também foi definida por

Dworkin (2007) como interpretação criativa. Para esse autor, o direito não é apenas um conjunto de regras ou precedentes, mas sim um sistema coerente de princípios. Ele acredita que os juízes devem interpretar as leis de maneira a construir uma narrativa que melhor se encaixe na estrutura moral mais ampla subjacente ao sistema jurídico. Dessa forma, a aplicação do direito envolve uma atividade criativa em que os juízes preenchem lacunas, resolvem ambiguidades e elaboram argumentos que dão sentido à totalidade do sistema jurídico, de modo que cada caso seja único e julgado da melhor forma possível.

A atuação criativa do direito, para Dworkin (2007), implica que os juízes devem buscar a melhor interpretação possível, buscando a coerência e a justiça ao longo do tempo. Ele se opõe à ideia de que o direito é simplesmente uma questão de aplicação mecânica de regras existentes, argumentando que os juízes têm um papel ativo na construção e desenvolvimento do direito.

Em que pese a necessidade de que o judiciário seja um importante vetor para a concretização do Estado Democrático de Direito, o próprio Dworkin (2007) alerta que as decisões jurídicas devem ser consistentes e coerentes ao longo do tempo. Os juízes devem procurar construir uma narrativa jurídica que seja congruente com os princípios fundamentais do sistema jurídico, sob pena de que o direito se resuma àquilo que o juiz tomou no café da manhã (DWORKIN, 2007, p. 45). Ao contrário, o juiz, batizado de “Hércules” por Dworkin (2002, p. 165), em alusão ao herói grego, deve enfrentar todas as questões que o caso requer, a fim de encontrar a única resposta correta, que não deve se basear em argumentos políticos, mas em argumentos jurídicos que não se limitem a dizer qual princípio deveria ser suprimido em prol do outro, mas que encontrasse o princípio certo a ser aplicado, a partir de uma técnica de julgamento devidamente embasada, que pode ser resumida na teoria de integridade desenvolvida por esse autor.

Para Dworkin (2007, p.276), a integridade reside no fato que os juízes, ao julgarem, devem se ater à ideia de um “romance em cadeia” de forma que a decisão do caso concreto seja única e, ao mesmo tempo, derive das práticas jurídicas da comunidade na qual estão inseridas. Assim, em Dworkin, encontramos a ideia de integridade como importante balizador para a prática judicial, de modo a equilibrar a necessidade de defesa dos direitos e garantias fundamentais com os princípios que regem o sistema jurídico, em especial o princípio da segurança jurídica.

Outro importante guia que deve pautar o judiciário no tocante à defesa dos direitos e garantias fundamentais, diz respeito à observância da legitimidade das decisões. A soberania popular envolve o asseguramento da autonomia a todos os cidadãos para que possam efetivamente participar da construção de uma sociedade que reflita suas necessidades, sob pena de que uma decisão judicial possa impor um direito que supostamente seria desejado por um determinado grupo social.

Nesse sentido, para Habermas (2007, p. 292), “[...] direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição”. O autor critica o paternalismo do Estado Social, ao tratar os destinatários dos direitos sociais como meros consumidores, com intervenções normalizadoras, que não propiciaram a efetiva participação dos grupos vulnerabilizados, de maneira que suas necessidades pudessem ser verdadeiramente interpretadas. Com exemplo, Habermas (2007, p. 296) cita políticas feministas de equiparação encampadas pelo Estado, tais como as regulamentações especiais em torno da gravidez e da maternidade que teriam consequências ambivalentes, aumentando o risco de desemprego, feminização da pobreza e fazendo com que “[...] a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação”.

Para Habermas (2007, p. 297), a proteção dos direitos subjetivos não pode ser alcançada sem que “os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos”. Transpondo essa ideia para o campo do Poder Judiciário, se de fato os juízes pretendem, com a prática do ativismo, fomentar direitos e garantias fundamentais, é essencial que essa prática venha acompanhada de efetiva participação dos grupos envolvidos, sob pena de criar-lhes ainda mais entraves, ou substituir antigos problemas por novos.

O desafio enfrentado pelos juízes em equilibrar a proteção dos grupos vulnerabilizados e o respeito às leis vigentes é uma questão complexa e fundamental no campo da jurisprudência. Em sociedades diversificadas e dinâmicas, a busca por justiça, muitas vezes, coloca os magistrados em uma encruzilhada, exigindo uma ponderação cuidadosa entre a promoção da equidade e a aderência estrita às normas legais estabelecidas.

A proteção dos grupos vulnerabilizados é uma obrigação ética e moral, refletindo a necessidade de corrigir desigualdades históricas e estruturais. Os juízes desempenham um papel crucial na defesa dos direitos individuais e coletivos desses grupos, garantindo que a justiça seja acessível a todos, independentemente de sua posição na sociedade. No entanto, esse compromisso com a equidade não pode ignorar o arcabouço legal existente.

O respeito às leis vigentes é essencial para manter a estabilidade e a previsibilidade no sistema jurídico. As leis são criadas com base em princípios democráticos e representam o consenso da sociedade em um determinado momento. Ignorar ou contornar essas leis pode minar a integridade do sistema legal como um todo, comprometendo a confiança pública na justiça.

A busca por equilíbrio entre esses dois imperativos requer uma abordagem ponderada e contextual. Os juízes devem interpretar e aplicar as leis de maneira flexível, levando em consideração as nuances das situações apresentadas diante deles. Ao mesmo tempo, devem ser sensíveis às disparidades sociais e econômicas, reconhecendo que a igualdade perante a lei nem sempre se traduz em igualdade na prática.

A jurisprudência criativa pode ser uma ferramenta valiosa nesse processo. Os juízes podem desempenhar um papel ativo na adaptação do direito às mudanças sociais e na promoção da justiça substancial. No entanto, é crucial que essas abordagens não levem a uma arbitrariedade judicial, mas se baseiem em princípios jurídicos sólidos e respeito pelos direitos fundamentais.

Em última análise, o equilíbrio entre a proteção dos grupos vulneráveis e o respeito às leis vigentes exige uma abordagem holística, considerando tanto os aspectos legais quanto os valores fundamentais de justiça e igualdade. A justiça social e a legalidade não devem ser encaradas como opostas, mas sim como componentes interligados de um sistema jurídico que busca, continuamente, aprimorar-se na promoção do bem comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial, analisado sob a perspectiva do Estado Democrático de direito e dos grupos vulnerabilizados, acaba por conceder ao Poder Judiciário um papel de destaque como um defensor dos direitos fundamentais quando os outros poderes falham em suas responsabilidades, em que pese não se possa deixar de considerar que esse fenômeno não está isento de críticas e controvérsias, especialmente no que diz respeito à sua legitimidade e aos seus limites.

É inegável que o Poder Judiciário tem desempenhado um importante papel na defesa dos direitos dos grupos vulnerabilizados, frequentemente suprimindo as lacunas deixadas pela omissão do Poder Legislativo, haja vista casos emblemáticos, tanto no Brasil quanto em outros países, os quais demonstram que as decisões judiciais podem ser ferramentas poderosas para a promoção da justiça social e da equidade. No entanto, essa prática deve ser conduzida com cuidado para não comprometer os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Uma das principais críticas ao ativismo judicial é a alegação de que ele pode resultar em um “constituente derivado”, onde o Judiciário, ao legislar, invade competências legislativas, criando insegurança jurídica. Para mitigar esse risco, é essencial que as decisões judiciais sejam fundamentadas em princípios jurídicos sólidos e coerentes, conforme uma interpretação criativa e integrada do direito.

Adicionalmente, a participação efetiva dos grupos vulnerabilizados na construção das decisões judiciais é fundamental para, não só legitimar as decisões, mas também garantir que essas não sejam impostas de fora como restrições que podem substituir antigos problemas por novos, já que a proteção dos direitos subjetivos não pode ser alcançada sem a participação ativa dos próprios envolvidos. Tais cuidados favorecerão que o Judiciário contribua de maneira significativa para a construção de

uma sociedade mais justa e equitativa, sem comprometer a estabilidade e a previsibilidade do sistema legal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEURCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. vol. I.

BONETTI, Alinne de Lima. Desigualdade de gênero. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (org.). **Introdução crítica ao direito das mulheres**. Brasília: CEAD, FUB, 2011. p. 91-95. (Série o Direito Achado na Rua, v.5)

CALGARO, Ana Sheila. As plataformas digitais não são desenhadas para crianças. **Lunetas**. 08 jul. 2022. Disponível em: <https://lunetas.com.br/frances-haugen-as-plataformas-digitais-nao-sao-desenhadas-para-as-criancas/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

CHECON, Bianca Quirantes; GOMES, Laura Mendonça Penido Sampaio; YOSHINAGA, Claudia Emiko. Desigualdade de gênero no mercado financeiro: uma verdade inconveniente. **GV-EXECUTIVO**, v. 22, n. 2, 2023. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/gvexecutivo/article/view/89646/84180>. Acesso em: 17 nov. 2023.

COLLINI, Itali Pedroni. Mulheres no Mercado Financeiro: Um olhar sob a ótica de gênero. **Monografia. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271213377_Mulheres_no_Mercado_Financeiro_-_Um_olhar_sob_a_otica_de_genero_Monografia. Acesso em: 17 nov. 2023.

DEBERT, Guita Grin. O significado da velhice na sociedade brasileira. **Acta paulista de enfermagem**, v. 12, n. spe, p. 147-158, 2000. Disponível em: <https://acta-ape.org/article/o-significado-da-velhice-na-sociedade-brasileira/> Acesso em: 22 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EXAME. **Meta enfrenta acusações de viciar jovens em facebook e instagram**. 10 jun. 2022. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/meta-enfrenta-acusacoes-de-viciar-jovens-em-facebook-e-instagram/>. Acesso em: 11 out. 2023.

FACEBOOK: as denúncias e o apagão que agravam a crise da maior rede social do mundo. BBC News brasil. 05 out. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-588191771>. Acesso em: 08 nov. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O ativismo na justiça constitucional. **Revista o direito**. n.151. p. 277-286, 2019. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/f877151972220.pdf#page=49>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GARGARELLA, Roberto. A concepção constitucional da liberdade de expressão. **Revista Culturas Jurídicas**. vol. 2. n. 4. 2015. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/164-387-1-pb.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?**. New Yourk Routledge, 2017.

GROVES, Harry E. Separate but equal--The doctrine of Plessy v. Ferguson. **Phylon (1940-1956)**, v. 12, n. 1. 1951. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/272323>. Acesso em: 08 nov. 2023.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. **Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica**. n. 48. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

Instituto Ethos. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/> Acesso em: 22 nov. 2023.

KANG, Shimi. **Tecnologia na infância**. Criando hábitos saudáveis para crianças em um mundo digital. Trad. Tássia Carvalho. 1.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2021.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. trad. A. M. Santos. São Paulo: Mimética, 2019. *E-book*.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 18, n. 1, p. 23- 38, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/47096>. Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. **Ius Gentium**, v. 7, n. 1, p. 133-144, 2016. Disponível em: <https://revistasuninter.com/ius-gentium/index.php/iusgentium/article/view/235>. Acesso em: 15 nov. 2023.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: relevância para um velho problema. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 19, p. 783-791, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2003000300010>. Acesso em: 22 nov. 2023.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais como Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 17, n.1, p. 111-134, jan./jun 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i1.750>. Acesso em: 27 nov. 2023.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais como Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v.10, p. 31-100, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i10.94>. Acesso em: 27 nov. 2023.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de pesquisa**, v. 35, p. 43-55, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3b-z9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt&format=htm>. Acesso em: 21 nov. 2023.

PRIORE, Mary del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 2010.

ROBLES, Humberto. Atenco: un caso de terrorismo de Estado. **Pap. Relac. Ecosociales Cambio Glob**, v. 112, p. 131-140, 2010. Disponível em: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/atenco-un-caso-de-terrorismo-de-estado/. Acesso em: 14 nov. 2023.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988.

SODRÉ, Muniz. Uma lógica perversa de lugar. **Revista ECO-Pós**, v. 21, n. 3, p. 9-16, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.29146/eco-pos.v21i3.22524>. Acesso em: 22 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. **Revista Direito & Paz**, p. 11-46, 2014.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Tráfico internacional de pessoas**: crimes em movimento, justiça em espera [livro eletrônico] : Relatório de avaliação de necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/trafico-internacional-de-pessoas-crime-em-movimento-justica-em-espera.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

TREJO, Ramón. El caso “Arriola” y las fuentes del derecho. **Derecho y Ciencias Sociales**, n. 15, p. 76-95, 2016. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2894>. Acesso em: 14 nov. 2023.

U.S. REPORTS. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)**. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

WARREN, Chief Justice Earl. Brown v. board of education. **United States Reports**, v. 347, n. 1954, 1954. Disponível em: [Warren_Brown-v-Board-of-Education.pdf](#) (what-soproudlywehail.org). Acesso em: 08 nov. 2023.

DIREITO À MEMÓRIA, DESIGUALDADE DE GÊNERO E FRANÇOISE VERGÈS: UMA PONTE PARA O PASSADO BRASILEIRO NO DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA BIOÉTICA COM ENFOQUE NO FEMINISMO DECOLONIAL

DERECHO A LA MEMORIA, DESIGUALDAD DE GÉNERO Y FRANÇOISE VERGÈS: UN PUENTE HACIA EL PASADO BRASILEÑO EN EL DESARROLLO DE UNA TEORÍA BIOÉTICA CON ENFOQUE EN EL FEMINISMO DESCOLONIAL

*Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹
Raíssa Lima e Salvador²*

RESUMO

Introdução: Perceber a desigualdade no Brasil está fundamentalmente conectado à investigação de um fenômeno de desumanização, quando a qualidade de vida, as oportunidades e os direitos de alguns sujeitos são continuamente reduzidos ou restringidos, conduzindo-os a um estado sub-humano, à bestialização e à animalização de suas existências. Ceifam-se condições básicas a uma vida digna, dando continuidade a um processo que pretende, por fim, o próprio extermínio da vida e da memória. Dentre as várias formas de desigualdade, o racismo estrutural aliado ao machismo no Brasil revelam uma realidade em que mulheres negras são persistentemente afastadas de alguns dos direitos constitucionais considerados como fundamentais à existência humana com dignidade, como ao exemplo do próprio direito a viver, disposto no *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Objetivo:** Investiga-se como o feminismo decolonial de Françoise Vergès serve de contribuição

¹ Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A 1). Coordenadora do Grupo do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro da Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Presidente da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Pós-graduada em Direito Individual do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDV. Membro Pesquisador do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética - BIOGEPE. Bacharel em Direito pela FDV. Advogada.

ao desenvolvimento e ao fortalecimento de uma teoria bioética feminista decolonial no Brasil com enfoque na garantia do direito fundamental à memória. **Método:** Utiliza-se o materialismo histórico-dialético, tendo em vista que, segundo Marília Freitas de Campos Pires (1997), é caracterizado pelo movimento do pensamento por meio da materialidade histórica da vida dos homens em sociedade, descobrindo as leis fundamentais que os definem durante a história da humanidade. **Resultados:** Para Françoise Vergès (2020, p. 44), o que está em jogo é a forma com que o mundo se divide, no qual a escravidão e o colonialismo operam desde o século XVI, fragmentando a sociedade naqueles que tem o direito de viver e naqueles que podem morrer. Ocorre que, quando se está a falar de um feminismo que permanece fundado tão somente na divisão entre homens e mulheres, sem considerar a forma com que a Europa coloniza, ele é, então: um feminismo machista (Vergès, 2020, p. 44). **Discussão:** A Bioética provém de uma máxima em favor da preservação da humanidade, eivando-se de critérios éticos para analisar dilemas e conflitos complexos sobre a vida humana, especialmente diante da constante evolução e aperfeiçoamento das tecnologias relativas à biologia ou à biomedicina, consagrando em uma ponte para o futuro (Potter, 2012, p. 28). Invoca-se, desse modo, uma bioética que pretende romper com fronteiras regionais e se firmar como bioética libertadora, que se rebela contra imposições de saberes produzidos em países centrais para consolidar um processo de territorialização epistemológica (Feitosa; Nascimento, 2015). Dentro dessa necessidade de percepção da diversidade humana, nota-se que a bioética de inspiração feminista surge no início dos anos 1990, tendo como proposta a incorporação do feminismo às ideias bioéticas, sugerindo um olhar crítico frente às desigualdades sociais e, especialmente, às noções relativas à assimetria entre gêneros, inclusive no sentido de provocar os pressupostos universalistas da bioética principialista (Diniz; Guilhem, 2009, p. 01). Em um sentido de feminismo decolonial, particularmente, Vergès (2020, p. 35) suscita a importância da memória sobre as vidas que se foram, reforçando uma ponte para o passado em face das relações de exploração do período colonial, estudando-as, identificando-as, e suscitando um processo investigativo que se aplica na realidade atual, reconhecendo os sacrifícios dessas mulheres, honrando-as em suas vidas, nos riscos que assumiram, nas suas hesitações e suas motivações, recebendo suas heranças. Como bem adverte Vergès (2020, p. 39), os feminismos de política decolonial compreendem a reapropriação científica e filosófica que revisita a narrativa europeia no mundo, promovendo uma crítica ao fundamento das políticas de desenvolvimento que prometem o aperfeiçoamento a partir das tecnologias oferecidas pelos colonizadores. **Considerações finais:** O feminismo decolonial de Françoise Vergès contribui ao desenvolvimento e ao fortalecimento de uma teoria bioética feminista decolonial com ênfase no direito fundamental à memória a partir do momento que encara a colonização como evento consolidador de desigualdades sociais, raciais e de gênero que reverberam na atualidade, merecendo um enfrentamento que reconhece, em especial, a lembrança sobre a luta das mulheres que viveram naquela época. Se Potter apresentou uma ponte para o futuro, sugere-se, nesse momento, uma ponte para o passado brasileiro, utilizando-se da memória e da história para evidenciar os elementos de opressão racial e de gênero que sustentaram a exploração colonizadora no Brasil e na América Latina, ao ponto que sirvam de fundamento à aplicação de uma vigilância ética que não ignora a diversidade e o pluralismo na atualidade, por sua vez com a ênfase na desigualdade racial e de gênero.

Palavras-chave: direitos e garantias fundamentais; direito à memória; bioética; feminismo decolonial; desigualdade de gênero.

RESUMEN

Introducción: La comprensión de la desigualdad en Brasil está fundamentalmente conectada a la investigación de un fenómeno de deshumanización, cuando la calidad de vida, las oportunidades y los derechos de algunos sujetos son continuamente reducidos o restringidos, llevándolos a un estado infrahumano, a la bestialización y a la animalización de su existencia. Se eliminan las condiciones básicas para una vida digna, continuando un proceso que en última instancia busca el exterminio mismo de la vida y la memoria. Entre las diversas formas de desigualdad, el racismo estructural combinado con el machismo en Brasil revela una realidad en la que las mujeres negras son persistentemente sustraídas de algunos de los derechos constitucionales considerados fundamentales para la existencia humana con dignidad, como el ejemplo de su propio derecho a vivir, siempre que for in caput de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. **Objetivo:** Investiga cómo el feminismo descolonial de Françoise Vergès sirve como contribución al desarrollo y fortalecimiento de una teoría bioética feminista descolonial en Brasil con foco en garantizar los derechos fundamentales derecho a la memoria. **Método:** Se utiliza el materialismo histórico-dialéctico, teniendo en cuenta que, según Marília Freitas de Campos Pires (1997), se caracteriza por el movimiento del pensamiento a través de la materialidad histórica de la vida de los hombres en sociedad, descubriendo las leyes fundamentales que definen durante la historia de la humanidad. **Resultados:** Para Françoise Vergès (2020, p. 44), lo que está en juego es la forma en que se divide el mundo, en la que la esclavitud y el colonialismo operan desde el siglo XVI, fragmentando la sociedad en quienes tienen derecho a vivir y los que puedan morir. Resulta que, cuando hablamos de un feminismo que se basa únicamente en la división entre hombres y mujeres, sin considerar la forma en que Europa coloniza, se trata, entonces: de un feminismo sexista (Vergès, 2020, p. 44). **Discusión:** La bioética surge de una máxima a favor de la preservación de la humanidad, evadiendo criterios éticos para analizar dilemas y conflictos complejos sobre la vida humana, especialmente ante la constante evolución y mejora de las tecnologías relacionadas con la biología o la biomedicina, consagrando en un puente hacia el futuro (Potter, 2012, p. 28). De esta manera, se invoca una bioética que pretende romper con las fronteras regionales y erigirse como una bioética liberadora, que se rebela contra las imposiciones de conocimientos producidos en los países centrales para consolidar un proceso de territorialización epistemológica (Feitosa; Nascimento, 2015). Dentro de esta necesidad de percepción de la diversidad humana, se señala que la bioética de inspiración feminista surgió a principios de los años 1990, con la propuesta de incorporar el feminismo a las ideas bioéticas, sugiriendo una mirada crítica a las desigualdades sociales y, especialmente, a las nociones relativas a la asimetría. entre géneros, incluso en el sentido de provocar los supuestos universalistas de la bioética principista (Diniz; Guilhem, 2009, p. 01). En un sentido del feminismo decolonial, particularmente, Vergès (2020, p. 35) plantea la importancia de la memoria sobre las vidas que se fueron, reforzando un puente hacia el pasado frente a las relaciones de explotación del período colonial, estudiándolas, identificándolas, y planteando un proceso investigativo que aplique a la realidad actual, reconociendo los sacrificios de estas mujeres, honrándolas en sus vidas, en los riesgos que asumieron, en sus vacilaciones y sus motivaciones, recibiendo sus herencias. Como bien advierte Vèrges (2020, p. 39), los feminismos de la política decolonial comprenden la reapropiación científica y filosófica que revisita la narrativa europea en el mundo, promoviendo una crítica a los fundamentos de las políticas de desarrollo que prometen mejoras basadas en las tecnologías ofrecidas por los colonizadores. **Consideraciones finales:** El feminismo decolonial de Françoise Vergès contribuye al desarrollo y fortalecimiento de

una teoría bioética feminista decolonial con énfasis en el derecho fundamental a la memoria desde el momento en que concibe la colonización como un evento que consolida las desigualdades sociales, raciales y de género que repercuten en las actuales, mereciendo un enfrentamiento que reconozca, en particular, la memoria de la lucha de las mujeres que vivieron en esa época. Si Potter presentó un puente hacia el futuro, se sugiere, en este momento, un puente hacia el pasado brasileño, utilizando la memoria y la historia para resaltar los elementos de opresión racial y de género que sustentaron la explotación colonizadora en Brasil y en América Latina, hasta la Señalamos que sirven de base para la aplicación de una vigilancia ética que no ignore la diversidad y el pluralismo hoy, con énfasis a su vez en la desigualdad racial y de género.

Palabras clave: derechos y garantías fundamentales; derecho a la memoria; bioética; feminismo decolonial; desigualdad de género.

1 INTRODUÇÃO

A Bioética provém de uma máxima em favor da preservação da humanidade, eivando-se de critérios éticos para analisar dilemas e conflitos complexos sobre a vida humana, especialmente diante da constante evolução e aperfeiçoamento das tecnologias relativas à biologia ou à biomedicina, consagrando uma ponte para o futuro. Trata-se de uma ciência preocupada com a sobrevivência humana com dignidade, a qual esbarra com frequência em elementos característicos de dinâmicas pré-existent e persistentes da humanidade, como a desigualdade racial e de gênero no mundo.

Perceber a desigualdade no Brasil está fundamentalmente conectado à investigação de um fenômeno de desumanização, quando a qualidade de vida, as oportunidades e os direitos de alguns sujeitos são continuamente reduzidos ou restringidos, conduzindo-os a um estado sub-humano, à bestialização e à animalização de suas existências. Ceifam-se condições básicas a uma vida digna, dando continuidade a um processo que pretende, por fim, o próprio extermínio da vida e da memória.

Dentre as várias formas de desigualdade, o racismo estrutural aliado ao machismo no Brasil revelam uma realidade fática em que mulheres negras são persistentemente afastadas de alguns dos direitos constitucionais considerados como fundamentais à existência humana com dignidade, como ao exemplo do próprio direito a viver, disposto no *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Cerceadas de garantias fundamentais como a alimentação, a educação, a saúde e a moradia, bem como vitimadas exponencialmente pela violência doméstica de gênero, segregadas dos espaços públicos de discussão política, tal qual incessantemente circunscritas aos trabalhos considerados inóspitos ou insalubres, mal remunerados e invisíveis, percebe-se uma constância sólida de desumanização e de privação à vida digna por parte dessa coletividade de pessoas.

No entanto, a lógica da servidão e da discriminação de grupos raciais ou do gênero feminino não corresponde a uma circunstância inédita e atual, relativa à vida humana do presente. Sabe-se que, à realidade, essas formas de opressão foram originalmente difundidas sob o fenômeno imperialista da colonização, que reverbera na atualidade como um sistema global contemporâneo de dominação baseado em elementos que subjagam, sobretudo, a raça.

Nesses termos, a cientista social Françoise Vergès produz uma crítica aos feminismos neoliberais e “civilizatórios”, que funcionam por meio de uma proposta que serve à manutenção da exploração e da opressão racial e de gênero no mundo. Sua teoria destaca uma preocupação manifesta com a questão do desaparecimento e da herança, promovendo uma ponte para o passado na qual analisa conflitos pretéritos para compreender as condições que conduzem o presente da humanidade. Nota-se, em sua acepção de feminismo decolonial, uma conexão tênue à ideia que preserva o direito humano fundamental à memória no Brasil.

Logo, a proposta bioética de uma ponte para o futuro parece insuficiente em face da importância de uma investigação acerca das circunstâncias injustas com que o passado por vezes se desenvolve. Dentro disso, perante o sentido de passado, presente e futuro, questiona-se: como o feminismo decolonial de Françoise Vergès serve de contribuição ao desenvolvimento e ao fortalecimento de uma teoria bioética feminista decolonial no Brasil com enfoque na garantia do direito fundamental à memória?

Nesses termos, a partir de Françoise Vergès, pretende-se a construção de uma ponte para o passado brasileiro no sentido de investigar meios para aperfeiçoar uma teoria bioética feminista decolonial com ênfase no direito humano fundamental à memória, analisando categorias como o desaparecimento e a herança suscitados por Vergès para colaborar em uma ciência de preservação da humanidade, por vezes olhando para a memória do passado no intuito de proteger grupos minoritários circunscritos em uma realidade do presente e, eventualmente, do futuro.

No caso, será utilizado o materialismo histórico-dialético, tendo em vista que, segundo Marília Freitas de Campos Pires (1997), é caracterizado pelo movimento do pensamento através da materialidade histórica da vida dos homens em sociedade, de modo que são descobertas as leis fundamentais que definem a forma de organização dos homens durante a história da humanidade. Sobre a contradição, entende-se que, após identificada, permite-se aprender com ela, movimentando o pensamento para refletir sobre a realidade partindo do empírico e, por meio de abstrações, chegar ao concreto: uma síntese elaborada sobre o que há de essencial no objeto (PIRES, 1997).

Nesses termos, inicialmente, será estudada a disseminação da bioética no mundo com destaque às situações de discriminação persistentes da humanidade, analisando os caminhos para a idealização de uma ponte para o passado, que visa

a consagração de uma bioética crítica, preocupada com a resolução de dilemas por uma ótica do reconhecimento do pluralismo histórico.

Em seguida, sob um contexto de observação das desigualdades racial e de gênero no Brasil, estuda-se o feminismo decolonial de Françoise Vèrges, criando-se uma reflexão sobre a constante ameaça de desaparecimento enfrentada desde o período de colonização do Brasil por grupos vulneráveis em razão da raça e do gênero.

Por fim, analisa-se o direito humano à memória como uma garantia fundamental para a manutenção de um Estado Democrático de Direito como é o Brasil, de modo que será utilizado como categoria que conecta a teoria de Vèrges ao propósito da bioética de preservação da humanidade de forma digna, em um processo de efetivação dos direitos humanos fundamentais dos brasileiros.

2 BIOÉTICA DAS SITUAÇÕES PERSISTENTES: UMA PONTE PARA O PASSADO BRASILEIRO

Em um primeiro momento, vale a análise sobre o surgimento e o desenvolvimento da bioética no mundo, investigando a acepção crítica de que o conhecimento uma vez criado e disseminado compreende a concomitante consciência da existência de um regime de poder mundial fundado em padrões de dominação entre povos, que explora nações e comunidades sociais com base em uma sistemática racial de controle, a qual reverbera, em particular, no sentido de controle do saber.

Diante desse contexto, prestigia-se, acima de tudo, a América Latina, seu povo e seus saberes próprios, cunhando uma pesquisa de base teórica essencialmente latino-americana, inclusive no que tange à temática da bioética.

Desse modo, sobre a questão da “ponte para o passado”, trata-se de um jogo com as palavras, fazendo uma referência à criação do termo bioética no ano 1971, quando Van Rensselaer Potter publicou o livro intitulado “Bioética: uma ponte para o futuro”, apresentando ao mundo uma nova ciência, caracterizada pela ideia do progresso humano.

Assim, de acordo com Garrafa (2012, p. 742), o que teria impulsionado Potter a propor uma ciência para a sobrevivência humana seria sua apreensão com o acelerado processo científico e tecnológico em face do mundo pós Segunda Guerra Mundial, uma vez que gravemente alarmado pela constatação de que o homem havia adquirido poderes não só para desenvolver novas formas de vida, mas como, também, implementar meios capazes de destruir o planeta.

Àquela época, em uma perspectiva global, Van Rensselaer Potter (2016, p. 27) determinou que a humanidade necessitava urgentemente de um conceito de sabedoria a ser usado como guia de ação para o bem-estar social, em que fosse possível

fornecer um conhecimento para a sobrevivência humana e para o melhoramento da qualidade de vida.

Desse modo, Potter (2016, p. 27) aduzia sobre a necessidade de uma “ciência da sobrevivência”, que deveria ser construída por meio da ciência da biologia ampliada pela inclusão dos elementos das ciências sociais e das humanidades, com ênfase na filosofia *stricto sensu*, tornando-se muito mais do que uma única ciência, por sua vez sob a sugestão do nome Bioética, o qual destacava esses dois elementos fundamentais: conhecimento biológico e valores humanos.

Para Potter (2016, p. 28), a partir de uma nova disciplina, seriam criados estilos de vida e formas de agir novos para os povos, de modo a propor e a explicar políticas públicas que poderiam fornecer essa ponte para o futuro por ele mencionada.

Desse modo, a ponte para o futuro apresentada nos anos 1970 está conectada a um processo de desenvolvimento tecnológico e biomédico que influencia diretamente na vida humana, uma vez que implica e, até mesmo, desafia, paradigmas éticos já superados pela ciência. Trata-se de uma ciência que encara o inédito e o desconhecido, defrontando aquilo que ainda está por vir: uma ponte ética para o futuro da humanidade.

No caso, pensar a bioética é pensar em dilemas morais complexos à existência humana, ao exemplo dos avanços da medicina e da pesquisa com seres humanos, que servem a melhorar a qualidade de vida, mas que tocam em questões delicadas sobre a condição humana, tratando de elementos relativos ao estudo da genética, da pesquisa com células-tronco, da clonagem, tal qual da inteligência artificial ou sobre a própria problemática do acesso igualitário à saúde e aos recursos de manutenção da vida com dignidade.

Ao mesmo tempo, para além das questões da tecnologia em relação direta com a saúde humana, trata-se de um conteúdo preocupado com questões da transformação do mundo em face dos seus possíveis impactos no meio ambiente, compreendendo discussões importantes sobre mudanças climáticas e sobre sustentabilidade, bem como quanto ao uso de recursos naturais e à questão da proteção dos animais, desempenhando uma função crítica de exame às implicações éticas das tecnologias na gestão ambiental.

Nesses termos, como bem orientam Débora Diniz e Dirce Guilhem (2002, p. 14), o mais importante na proposta futurista de Potter está na acepção de uma ética aplicada às situações da vida como o caminho para a sobrevivência da espécie humana, de modo que, para isso, não havia a urgência de um conhecimento rigoroso da técnica, mas sim de um respeito indispensável aos valores humanos.

Assim, a ponte para o futuro de Potter, qual seja a bioética, deve ser uma disciplina que é capaz de acompanhar o desenvolvimento científico sob uma vigilância ética, inferindo na democratização contínua do conhecimento científico como forma única a zelar pela ética (Diniz; Guilhem, 2002, p. 14).

Todavia, vale lembrar que a bioética teve seu conceito amplo reduzido com o passar das décadas, fazendo com que, por meio de uma nova roupagem, fosse disseminada no mundo sob um sentido anglo-saxônico, de preferencial conotação individualista, baseada na autonomia dos sujeitos sociais, espalhando-se globalmente nos anos 90 de acordo com etapas estabelecidas anteriormente (Garrafa, 2012, p. 742).

Trata-se da teoria principialista, corrente hegemônica originada no Relatório *Belmont*, apresentada posteriormente no livro *Principles of Biomedical Ethics* de Beauchamp e Childress, sob o fundamento em quatro princípios: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, utilizados de modo a analisar conflitos práticos bioéticos (Garrafa, 2012, p. 745).

Uma teoria absoluta e de aplicação facilitada parecia ideal em um primeiro momento, de modo a guiar comportamentos de forma unânime e com certa praticidade, garantindo uma vigilância ética perante eventos extraordinários da medicina e da biologia, em um movimento de observância moral de aspectos que interferiam na integridade humana.

No entanto, para Diniz e Guilhem (2002, p. 53), o erro da teoria principialista está na sua falência universalista, uma vez que, em nome de um projeto comum para todos, as diferenças que existiam entre as inúmeras culturas e mesmo dentro de arranjos sociais de cada cultura passaram a ser deliberadamente ignoradas.

Não é à toa que Diniz e Guilhem (2002, p. 64) suscitam o termo bioética periférica para designar as teorias desenvolvidas em países periféricos, local no qual esse conteúdo surgiu tardiamente e onde os estudos acabaram por se caracterizar como ramificações de teorias importadas de países centrais.

Ora, uma única e exclusiva concepção teórica da bioética não parece, de fato, suficiente ou satisfatória à consumação de todas as problemáticas da totalidade de nações mundiais existentes na atualidade. A bem da verdade, elementos da cultura e das condições socioeconômicas surgem como determinantes consistentes a variar a aplicação dos pressupostos da ética, percebendo e enfrentando a necessidade de desenvolvimento de novas formas a solucionar dilemas pré-existentes ou comuns, bem como examinando as diferenças que compõem temáticas inicialmente idênticas, que acabam por tecer efeitos exclusivos a sua geografia, história ou cultura.

Nesses termos, como bem ressalta Garrafa (2012, p. 743), a história da bioética está em quatro etapas principais: a fundação, a expansão e consolidação, a revisão crítica e a etapa final de ampliação conceitual. Sobre essa última, ocorreu após a homologação, em 2005, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que endossou o caráter pluralista e multi-intertransdisciplinar da bioética (Garrafa, 2012, p. 744).

Para Garrafa (2012, p. 746), a teoria principialista se contrapõe ao pluralismo histórico, que trata da impossibilidade do mundo contemporâneo em permitir imperia-

lismos éticos, impondo parâmetros morais universais exportados das culturas mais “fortes” para aquelas entendidas como “frágeis”, havendo a indispensabilidade do respeito aos contextos culturais como elemento ao exercício de uma bioética cidadã, politicamente comprometida com as necessidades dos grupos socialmente excluídos.

Logo, a partir da etapa da ampliação conceitual, criou-se um espaço fértil ao desenvolvimento de teorias bioéticas que se preocupassem com a diversidade cultural e histórica das nações, ao ponto que seria finalmente possível a estruturação de novas respostas a dilemas anteriormente postos diante de uma lente universal de análise bioética, indicando novos meios e estratégias a resolver dinâmicas influenciadas por motivações sociais, raciais, de gênero, bem como por questões de democratização do acesso a direitos básicos, inclusive no campo do desenvolvimento de políticas públicas factíveis às emergências de países periféricos.

Quanto à pandemia da COVID-19, por exemplo, ainda que fosse uma doença de implicações mundiais, nota-se que produzia efeitos específicos em determinadas nações, principalmente em países com fortes desigualdades sociais, como é o Brasil, em que grupos privilegiados, com “mais” direitos, possuíam recursos jurídicos, econômicos e simbólicos que possibilitavam tanto o trabalho em *home office* quanto uma redução da sua frequência em espaços públicos, como das próprias idas aos supermercados (Campos; Lima, 2021, p. 06).

Diante dessa percepção, vale estimular uma reflexão no campo da “ponte para o passado” justamente no sentido de incentivar a análise dos eventos do passado como aspectos determinantes do presente brasileiro, criando-se uma aceção que em muito se comunica com a questão da decolonialidade, relativa ao desenvolvimento da colonização séculos atrás, elemento que marca desigualdades raciais e sociais predominantes no Brasil da atualidade – a ser melhor estudado no tópico seguinte.

No campo da bioética, aquela que mais se aproxima dessa perspectiva é a bioética de intervenção, que se origina na tentativa de encontrar respostas mais adequadas aos macroproblemas sociais e conflitos coletivos relacionados às questões bioéticas persistentes em países periféricos e em desenvolvimento (Garrafa; Porto, 2008).

No caso, quando se fala no adjetivo da persistência, Garrafa e Porto (2004, p. 36) indicam se tratar de problemáticas relativas à bioética que traduzem a própria historicidade de condições que persistem na humanidade, ao exemplo da exclusão social, da discriminação das mulheres, do racismo, da inequidade na distribuição de recursos de saúde e do abandono de pessoas vulneráveis. A bioética de situações emergentes, por outro lado, compreenderia o desenvolvimento científico acelerado dos últimos cinquenta anos, conduzindo às questões do campo da engenharia genética, de novas técnicas de reprodução ou de cirurgias de transplante de órgãos, dentre outros (Garrafa; Porto, 2004, p. 36).

Sob esse contexto, no que tange à bioética de situações persistentes, observa-se uma correlação fundamental com o reconhecimento de sistemas de poder historicamente consubstanciadas em processos evolutivos nacionais únicos, de modo que, quando se trata do Brasil, nota-se uma realidade memorial escravocrata e colonial que interfere no estado das coisas até hoje, sendo matéria essencial a amparar a promoção de políticas públicas voltadas a inclusão desses grupos.

Assim, se a bioética assume a função de implementar meios à sobrevivência humana e ao melhoramento da qualidade de vida, deve-se ter em vista que essa ciência visa, sobretudo, entregar dignidade humana especialmente a grupos oprimidos, como é o caso dos povos indígenas, dos negros brasileiros, das mulheres e outras categorias humanas vulneráveis. Isso, sob uma perspectiva que enxerga as desigualdades como razão a justificar novas respostas à insurgência de dilemas morais, designando meios que correspondem à conjuntura política, econômica, social e racial de cada realidade do Brasil.

Afinal, se a bioética está relacionada ao desenvolvimento tecnológico, é possível encarar que as primeiras embarcações a chegarem em solo brasileiro, juntamente ao movimento de colonização, foram, naquela perspectiva, um projeto que residia em estratégias de exploração humana para alcançar o amadurecimento de objetivos imperialistas de “modernização” do mundo, como se fosse um avanço e inovação à época, repercutindo, inclusive, como suposto recurso civilizatório.

Sobretudo, em meio à análise da colonização dentro de uma perspectiva de “ponte para o passado”, salienta-se que a avaliação desse processo com uma lente da bioética significa alertar sobre os prejuízos óbvios do extermínio e da exploração de populações como elemento que ameaça qualquer noção ética de preservação da humanidade, caminhando por uma via do genocídio e da suspensão de valores humanos básicos para alcançar o suposto aperfeiçoamento dos sistemas políticos e econômicos imperiais.

Logo, se Potter apresentou uma ponte para o futuro, sugere-se, nesse momento, uma ponte para o passado brasileiro, utilizando-se da memória e da história para evidenciar os elementos de opressão racial e de gênero que sustentaram a exploração colonizadora no Brasil e na América Latina, ao ponto que sirvam de fundamento à aplicação de soluções que não ignoram a diversidade e o pluralismo na realidade fática do país. Nesse sentido, diante dessas situações persistentes, estuda-se, em seguida, a teoria feminista decolonial da cientista social Françoise Vergès.

3 FRANÇOISE VERGÈS COMO CONTRIBUIÇÃO A UMA BIOÉTICA FEMINISTA DECOLONIAL: A AMEAÇA DO DESAPARECIMENTO

Nesse momento, após o desenvolvimento de uma percepção bioética acerca da necessidade de uma “ponte para o passado”, inicia-se uma investigação sobre os

pressupostos que regem a teoria feminista decolonial da cientista política Françoise Vergès, criando uma reflexão crítica que relaciona a colonialidade do poder com a possibilidade de amadurecimento de uma discussão bioética com ênfase no pluralismo histórico, por sua vez destacando a questão racial e de gênero.

Sobre a colonialidade do poder, termo organizado pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano (2002, p. 06) que suscita a globalização como estopim para o desenvolvimento de relações de poder já existentes, nota-se um movimento global de integração política, econômica e cultural de forma contínua e crescente, de modo a implicar em fenômenos que acometem a todos coletivamente, imediatamente e simultaneamente, quer pelos sistemas de comunicação quer pela própria questão dos meios de transporte.

Para Quijano (2005a, p. 117), foi por intermédio da globalização que o capitalismo se amplificou a ponto de se tornar um sistema colonial, moderno e eurocentrado, por sua vez como um padrão mundial de poder fundado em construções mentais que expressam uma estrutura base de dominação colonial, permeando e afetando as dimensões de poder mais importantes do mundo, a partir, sobretudo, das relações já existentes entre países.

Logo, a globalização contribuiu justamente em uma reconcentração da autoridade pública mundial, colaborando na reprivatização do controle coletivo e aprofundando tendências básicas do capitalismo por meio da configuração de um sistema de dominações políticas (Quijano, 2002, p. 16).

Nesses termos, para os bioeticistas Volnei Garrafa e Wanderson Nascimento (2011), denota-se a existência de um regime de poder articulado em uma ideia de desenvolvimento que impõe padrões econômicos, políticos, morais e epistemológicos sobre outros povos, de modo que não haveria a Europa sem a subjugação da América Latina, da África e da Ásia, bem como não haveria Norte sem a exploração concomitante do Sul, fazendo com que a própria divisão do mundo em hemisférios seja um projeto de poder, uma geopolítica.

Invoca-se, desse modo, uma bioética que pretende romper com fronteiras regionais e se firmar como bioética libertadora, que se rebela contra imposições de saberes produzidos em países centrais para consolidar um processo de territorialização epistemológica (Feitosa; Nascimento, 2015).

Desse modo, a questão da colonialidade é descrita como uma conjuntura mundial de distribuição hierárquica de poderes, a qual funciona a partir de uma sistemática padronizada de controle entre povos e entre países, coordenando a gestão da exploração e da opressão de populações inteiras em favorecimento de nações consideradas mais bem-sucedidas economicamente que outras. Esse fenômeno é, sobretudo, reconhecido entre bioeticistas brasileiros, que percebem as influências dessa condição em matérias relativas à vigilância ética da vida humana.

Em especial, para além da conceituação supra, Quijano (2005a, p. 118) salienta a relevância do elemento racial dentro dessa dinâmica desigual, uma vez que:

Na América, **a idéia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista**. A posterior constituição da Europa como nova id-entidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da idéia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus. Historicamente, **isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas idéias** e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o intersexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais. Desse modo, **raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial nos níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade**. Em outras palavras, no modo básico de classificação social universal da população mundial (QUIJANO, 2005a, p. 118, grifo nosso)

Nesse sentido, o autor denuncia a existência de uma relação de exploração que tem por um dos fundamentos basilares a construção de pressupostos que conceituam e valoram a raça, indicando, a partir do aparato da colonização, uma conjuntura de dominação em que os povos conquistados devem subserviência e servidão aos povos colonizadores, efetivando-se um critério discriminatório de divisão de papéis sob uma classificação universal que naturaliza comportamentos de opressão à raça e, também, de intolerância ao gênero feminino.

Ora, quando se fala em América Latina, há de se pensar que sua produção histórica se inicia pela destruição do mundo histórico anterior, provavelmente a maior destruição sociocultural e demográfica da história, observável em quatro sentidos distintos: primeiramente, pela desintegração dos padrões de poder e da civilização existente; secundamente, pelo extermínio físico propriamente dito de mais da metade da população dessas sociedades, estimada em cerca de 100 milhões de pessoas; em terceiro, pela eliminação deliberada dos produtores dessas experiências históricas, como seus intelectuais, cientistas e artistas; e, por fim, pela repressão material e subjetiva dos sobreviventes, quando submetidos pelos séculos seguintes à condição de explorados e colonizados, até que todos seus padrões, símbolos, termos, ideias, imagens, escrita e artes fossem completamente desaparecidos (Quijano, 2005b, p. 16).

Assim, a colonização no Brasil conduziu o país a um processo de apagamento e silenciamento que atravessa a questão do extermínio imediato aos corpos dos oprimidos, ultrapassando a questão da garantia da vida e da integridade física para influir em prejuízos que extrapolam o momento do genocídio, resultando no desaparecimento ou supressão de marcas culturais simbólicas dos colonizados e inaugurando um processo de extorsão contínuo e infinito às populações que deles sucederam, consubstanciando-se notadamente por atos de racismo combinados com a violência de gênero, que atinge, por óbvio, mulheres negras no Brasil.

Sobre o extermínio desse grupo, tratam-se das principais vítimas de feminicídio, representando 67% dos casos notificados em 2020 de acordo com o Instituto Igarapé (2022), que identifica que, enquanto o feminicídio de mulheres brancas reduziu em 33% de 2000 a 2020, o assassinato de mulheres pretas e pardas aumentou em 45%.

Para Rita Segato (2023, p. 88), a violência desencadeada sobre corpos feminizados compreende formas inéditas de destruição, inclusive no que tange ao tráfico e comércio de tudo aquilo que pode lhes ser extraído. Segundo Segato (2023, p. 88), essa ocupação predatória vem sendo praticada como nunca e, nessa fase apocalíptica da humanidade, espolia-se até deixar somente restos.

Essa realidade é perceptível na esfera do trabalho conforme pesquisa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2022, p. 8), uma vez que mulheres negras receberam, no segundo trimestre de 2022, 46,3% do rendimento recebido por homens brancos, bem como apenas 31,5% das mulheres negras estão ocupadas com trabalhos de carteira assinada no Brasil (DIEESE, 2022, p. 4). Das ocupadas negras, 12,6% eram trabalhadoras domésticas sem carteira e 3,7% com carteira, sendo que, no total, quase metade das mulheres negras trabalhavam sem proteção, no percentual de 47,3% (DIEESE, 2022, p. 4).

E, ainda, o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (PENSSAN, 2022) informa que uma em cada cinco famílias chefiadas por pessoas autodeclaradas pardas ou pretas sofre com a fome no Brasil, sendo que a situação se agrava quando se tratam de lares chefiados por mulheres pardas ou pretas, evidenciando-se que, dentre tantas outras problemáticas, a falta de comida no Brasil está diretamente conectada à discriminação racial e de gênero.

De acordo com Vergès (2021, p. 127), não há surpresa alguma ao se constatar que os índices de mortalidade por COVID-19 são mais elevados justamente entre as comunidades pobres e racializadas, compostas por pessoas negras, migrantes, refugiadas, encarceradas ou que vivem nas ruas, por sujeitos sem acesso ao cuidado, sem plano de saúde, sofrendo por comorbidades, demonstrando que não há igualdade no acesso à saúde de qualidade. Para Vergès (2021, p. 127), o socioeconômico manipula o biológico.

Ademais, essa manifestação da desigualdade racial e de gênero também se apresenta no campo da representação política enquanto violência política de gênero, um mecanismo utilizado pelos homens, detentores históricos do Poder Político, no intuito de resgatar o *status quo* anterior de restrição das mulheres ao ambiente doméstico (Bussinguer; Prata; Salvador, 2022, p. 107).

Ocorre que, de acordo com Saffiotti (1987, p. 16), a sociedade atual se constitui não apenas na desigualdade de gênero, compreendendo um contexto dotado de outros princípios basilares da servidão, em especial quando das diferenças raciais ou da divisão de classes sociais, de modo que “não se pode negar que a última colocada na ‘ordem das bicadas’ é ocupada por mulheres negras e pobres”.

Nesses termos, Ribeiro (2021, p. 20) indica que o feminismo hegemônico enfrenta um dilema complexo relativo à universalização da categoria mulher, a qual esbarra na pluralidade de possibilidades de sê-la, suscitando-se a existência de intersecções como a raça, a orientação sexual ou a identidade de gênero.

É como se o termo “mulher” como sujeito de direitos não fosse capaz de absorver as demandas de outros grupos étnicos e culturais sem que caia em um sentido de universalização, ao próprio exemplo das mulheres latino-americanas, que possuem demandas diversas das mulheres norte-americanas ou europeias (Borges; Cordeiro; Leite, 2013, p. 139).

Assim, a cultura dominante propõe diariamente a imagem do “ser uma mulher” e do “ser um homem”, sempre de forma embranquecida e com excelente saúde (Vergès, 2021, p. 134). A mulher branca é aquela frágil e delicada, em manifesta oposição ao homem branco e à mulher negra, que é dura na queda, incapaz do sentimento maternal, responsável pelos cuidados dos filhos das mulheres brancas (Vergès, 2021, p. 135).

De acordo com Hogemann e Boldt (2021, p. 41), a violência de gênero e todas as suas interseccionalidades é uma urgência, uma vez que, conforme sua pesquisa com a análise das interseccionalidades nos casos de gênero do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, percebeu que a dupla vulnerabilidade de maior ênfase está nas categorias mulher e indígena ou mulher e menor de idade.

É nesse sentido que Françoise Vergès se apresenta (2020, p. 28-29), uma vez que situa sua teoria feminista de política decolonial ao atribuir à noção de direitos das mulheres uma dimensão política radical, por sua vez considerando os desafios impostos a uma parcela da humanidade ameaçada de desaparecimento.

Assim, inaugura-se uma compreensão de feminismo que encara a existência de um padrão originado na colonização que permite uma política de apagamento da vida de minorias raciais ou étnicas, dissipando suas experiências, símbolos e expressões culturais para estabelecer um projeto de eliminação com bojo no desaparecimento, que se relaciona justamente com a questão da garantia do direito à memória no Brasil.

Vèrges (2020, p. 39) adverte que os feminismos de política decolonial compreendem a reapropriação científica e filosófica sobre a narrativa europeia do mundo, promovendo uma crítica ao fundamento das políticas de desenvolvimento que prometem o aperfeiçoamento a partir de tecnologias oferecidas exclusivamente pela figura dos colonizadores.

Assim, sob um contexto do desenvolvimento global de teorias feministas, o feminismo decolonial vem como uma vertente que considera as intersecções que compõem a pluralidade humana, bem como preconiza pelo reconhecimento de um passado historicamente fundado pela divisão entre exploradores e explorados, de modo a destacar o fenômeno colonial da opressão por raça.

Desse modo, os feminismos decoloniais são aqueles que estudam a forma complexa a qual o racismo, o sexismo e o etnicismo impregnam todas as relações de dominação, mesmo que os regimes assumidamente associados a esse fenômeno tenham chegado ao fim (Vèrges, 2020, p. 41).

Logo, para Vergès (2020, p. 43), o feminismo decolonial insurge como crítica à existência anterior de um feminismo dito como “civilizatório”, por sua vez nascido com a colônia, reforçando-se a necessidade de luta contra um femi-imperialismo, de modo que ressurgja, do silêncio, as vidas de mulheres aprisionadas no anonimato.

No caso, para Françoise Vergès (2020, p. 44), o que está em jogo é a forma com que o mundo se divide, no qual a escravidão e o colonialismo operam desde o século XVI, fragmentando a sociedade naqueles que tem o direito de viver e naqueles que podem morrer. Ocorre que, quando se está a falar de um feminismo que permanece fundado tão somente na divisão entre homens e mulheres, sem considerar a forma com que a Europa coloniza, ele é, então: um feminismo machista (Vergès, 2020, p. 44).

Nesse sentido, vale mencionar o seguinte trecho de Françoise Vergès (2020, p. 35), em que:

Dizer-se feminista decolonial, defender os feminismos de política decolonial hoje não é apenas arrancar a palavra “feminismo” das mãos ávidas da oposição, carente de ideologias, mas também afirmar nossa fidelidade às lutas das mulheres do Sul global que nos precederam. É reconhecer seus sacrifícios, honrar suas vidas em toda a sua complexidade, os riscos que assumiram, as hesitações e as desmotivações que conheceram. É receber suas heranças. Também é reconhecer que a ofensiva contra as mulheres, atualmente justificada e reivindicada publicamente pelos dirigentes estatais, não é simplesmente a expressão de uma dominação masculinista descomplexificada, e sim uma manifestação da violência destruidora suscitada pelo capitalismo. **O feminismo decolonial é a despatriarcalização das lutas revolucionárias.** Em outras palavras, os feminismos de política decolonial contribuem na luta travada durante séculos por parte da humanidade para afirmar seu *direito à existência* (grifo nosso).

Assim, a partir do direito à existência e sob o contexto de “receber suas heranças”, propõe-se a valorização à proteção e à preservação da memória sobre as vidas que se foram no período da colonização, reforçando justamente uma ponte para o passado das mulheres em condição de exploração na história do Brasil, estudando-as, identificando-as, e suscitando um processo investigativo que permite a retomada da memória como estratégia que intervém na realidade díspar que persiste atualmente.

Aliás, insurge na fala supramencionada de Vergès a lógica da colonialidade do ser, justamente por conta da questão do direito a existir, quando conecta a inferiorização das mulheres à impossibilidade de existência, à proibição do ser mulher e do ser negra, parda ou indígena.

Desse modo, o estudo do feminismo decolonial frutifica a ponte para o passado que se sugeriu no tópico anterior, revelando uma conjuntura histórica que deve ser notadamente lembrada, uma situação bioética persistente, que influenciará de forma manifesta as reflexões éticas da atualidade em favor da sobrevivência humana com dignidade.

Para Vergès (2023, p. 196), sobretudo, representações decoloniais devem agir para fazer sobressair a violência intrínseca do capitalismo racial, ressaltando o “viver entre ruínas” destacado na vivência desses grupos. Novamente, estima o reconhecimento da violência e da colonialidade sob uma ótica de investigação do passado.

Enfim, esmiúça-se dessa ameaça de desaparecimento suscitada por Vergès uma categoria teórica que confirma a existência de uma contribuição fundamental do feminismo da autora para o desenvolvimento de uma bioética feminista decolonial, de modo que, indiretamente, configura-se uma pertinência à preservação do direito à memória. Nesse sentido, estuda-se, no próximo tópico, a questão da memória como categoria fundamental à democracia brasileira, contribuindo diretamente na questão bioética em análise.

4 DIREITO À MEMÓRIA COMO CATEGORIA FUNDAMENTAL À BIOÉTICA FEMINISTA DE MATRIZ DECOLONIAL

Nesse momento, estuda-se o direito à memória como uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito no Brasil, vinculando-se a outras previsões constitucionais que sedimentam uma realidade baseada na democracia e na justiça, contribuindo diretamente na promoção da dignidade da pessoa humana, na defesa da cidadania, bem como no usufruto de outros direitos humanos relacionados ao exaurimento da garantia fundamental da memória e da verdade.

A partir desse contexto, visa-se a reunião de conhecimentos suficientes a responder sobre a utilização do direito à memória como categoria que se deduz da leitura

de Françoise Vergès, encaminhando-se para um desfecho relativo ao desenvolvimento de uma vertente da bioética com fulcro no feminismo decolonial.

Sobre o direito à memória, deve-se destacar que diz respeito à garantia constitucional não prevista expressamente na forma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao ponto que se trata de direito implícito, nos termos do art. 5º, §2º da Carta Magna Brasileira (Brasil, 1988), em que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesses termos, para Ingo Sarlet (2015), os direitos implícitos ou implicitamente positivados podem ser deduzidos de um ou mais direitos – ou princípios – expressamente consagrados, geralmente por meio da reconstrução hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito.

Sarlet (2015) orienta que, sobre os possíveis critérios para o reconhecimento de um direito implícito, conforme disposição do art. 5º, § 2º da Carta Magna, solicita-se sua referência a direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, assumindo-se que a dignidade da pessoa humana seja uma condição central, mas não exclusiva dessa avaliação.

Por essa via, em 2009, a Casa Civil da Presidência da República do Brasil aprovou, por meio do Decreto de nº 7.037, o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3), que dispunha de seis Eixos Orientadores, o último deles, Eixo VI, destinado ao direito à memória e à verdade, em que:

VI - Eixo Orientador VI: Direito à Memória e à Verdade:

- a) Diretriz 23: Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado;
- b) Diretriz 24: Preservação da memória histórica e construção pública da verdade; e
- c) Diretriz 25: Modernização da legislação relacionada com promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia (Brasil, 2009).

Desse modo, por meio de Decreto, reconheceu-se, no direito à memória e à verdade, a existência de um direito humano fundamental e dever do Estado Brasileiro, conectando-se à cidadania, à consagração da democracia no país, bem como à lógica de proteção à dignidade da pessoa humana.

Ora, de acordo com Dantas (2008, p. 241), pensar em um direito que tem o passado como seu objeto compreende a valorização de um acervo cultural de diversas épocas e grupos, os quais colaboraram à formação de identidades da sociedade brasileira, transmitidas de geração em geração; todavia, não se trata somente da mera revisão do passado, mas de uma tentativa de extrair um novo conhecimento sobre como se atingiu o atual estado das coisas da atualidade.

De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2010, p. 70), a investigação do passado é primordial na construção da cidadania, resgatando a essência da verdade sob um sentido de transmissão de experiências históricas que colaboram na constituição da memória individual e coletiva, de modo que o silêncio e o esquecimento das barbáries produzem lacunas na construção de uma identidade nacional, impedindo que o país adquira consciência sobre uma condição pretérita capaz de fortalecer sua democracia (Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010, p. 70).

Afinal, a emancipação feminina deve ser idealizada por meio de uma comunidade de leis garantidoras de direitos imprescindíveis à existência humana, em um sentido de mínimo existencial, que incentiva o desenvolvimento de políticas públicas de auxílio às mulheres em estado de abalo social ou financeiro (Bussinguer; Salvador, 2022, p. 62).

Desse modo, aquilo que fundamenta a ideia central de direito à memória resta conectado a uma percepção de aperfeiçoamento humano, no sentido de que a lembrança seja meio a determinar uma reflexão crítica sobre eventos que influenciam a condição presente do mundo, de modo a permitir e a conduzir a sociedade brasileira a resoluções mais adequadas para problemáticas atuais, uma vez que seja possível visualizar um quadro ampliado de como a humanidade tem funcionado.

Assim, ressalta-se que o reconhecimento da existência de um direito à memória não é parte de uma acepção saudosista ou reacionária, mas uma forma de busca pelo que se foi, pelo que se é e pelo que se pretende ser, sob um contexto de generosidade e de resposta perante antepassados e sucessores (Dantas, 2008, p. 242).

Diante disso, o direito à memória também é considerado a partir da possibilidade de conhecer o passado por meio da livre investigação, conduzindo à busca pela verdade dos fatos da história em um sentido de liberdade de construção de uma história revisionista, cicatrizando fatos dolorosos do passado de modo combativo, que evita o esquecimento (Dantas, 2008, p. 58).

O direito à memória e à verdade seriam dois elementos basilares dos direitos humanos, os quais, unidos, servem a elucidar um período da história brasileira que deveria ser do conhecimento de todos, em uma perspectiva de “educar para nunca mais”, isto é, para que nunca se esqueça ou se repita (Alves; Ferreira; Ferreira; Melo; Zenaide, 2017, p. 23).

É nesse sentido que insurge a problemática central dessa pesquisa, a partir do momento que se percebe a pertinência substancial do direito à memória como categoria desenvolvedora de uma vertente bioética voltada às situações persistentes, relativas a eventos do passado que persistem na história da humanidade, como é o caso da exploração racial e da opressão de gênero com raízes no período colonial do Brasil.

Sobre a questão da bioética em si, conforme a ideia de suscitar uma ponte para o passado, salienta-se a importância da memória e da verdade como aspecto que permite uma análise histórica e cultural com vistas à celebração de um conhecimento ético embasado na pluralidade humana, finalmente encarando dilemas complexos da vida e da biologia com um olhar decolonial, protegendo, acima de tudo, garantias fundamentais fundadoras de um Estado Democrático de Direito.

Ora, se o processo de colonização em algum momento foi maquiado como projeto de desenvolvimento da humanidade por meio da ampliação espacial geográfica e do avanço das tecnologias, vale discutir os propósitos e a delimitação de empreendimentos atuais nesse mesmo sentido, desvelando a verdade por detrás de iniciativas que podem interferir na existência de minorias vulneráveis, geralmente por justificativas racistas e sexistas.

Ante todo o exposto, vale lembrar que a bioética de inspiração feminista surge no início dos anos 1990, tendo como proposta a incorporação do feminismo às ideias bioéticas na mesma medida em que sugeria um olhar crítico frente às desigualdades sociais e, especialmente, às noções relativas à assimetria entre gêneros, inclusive no sentido de provocar os pressupostos universalistas da bioética principialista (Diniz; Guilhem, 2009, p. 01).

Ocorre que, para as bioeticistas Diniz e Guilhem (2009, p. 02), a diferença é um valor moral da modernidade que deve ser preservado, reagindo como conquista histórica de povos que lutaram pelos pressupostos da dignidade humana, da liberdade e da democracia, como um componente filosófico do pluralismo moral, garantindo a certeza de que a coexistência mútua na diferença é possível. Afinal, a bioética crítica, particularmente aquela de inspiração feminista, traduz uma onda reflexiva em que aqueles historicamente desconsiderados passam a compor a pauta da discussão (Diniz; Guilhem, 2009, p. 02).

Logo, a bioética feminista por si só já compreende um movimento que notadamente preza pela reflexão acerca do passado, consagrando-se em um ponto de vista que crê na valorização de ciências baseadas em uma via do pluralismo histórico que identifica as diferenças entre sujeitos e grupos, com uma tendência forte à promoção do direito à memória e à verdade daqueles que sofrem com a ameaça do desaparecimento.

Sob a percepção de Vergès, sobretudo, extrai-se uma visão feminista decolonial que encara a múltipla vulnerabilidade das mulheres negras na atualidade como uma importante noção política, criticando saberes e dinâmicas “civilizatórias” a partir de uma lógica de reconhecimento das lutas dessas mulheres do passado, recebendo suas heranças e discutindo suas experiências.

Portanto, nesse sentido, pensar uma teoria bioética feminista decolonial com enfoque no direito à memória é carregar consigo a seguinte dupla compreensão: a

primeira, da existência de um sistema imperialista de apagamento que produz, na atualidade, uma autoridade pública mundial poderosa e, a segunda, da perpetuação da ameaça de desaparecimento de grupos minoritários raciais e de gênero por essa autoridade, suscitando que o risco à vida é apenas um dos meios de redução da sua existência, que se dá, especialmente, pela concomitante subversão e silenciamento da cultura, dos símbolos e demais formas de liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, observa-se que a construção de uma ponte para o passado anda de mãos dadas com a consagração do direito fundamental à memória, insurgindo como elo investigativo e emancipatório que ressalta situações persistentes da humanidade, por sua vez perceptíveis na existência reiterada de dinâmicas de desigualdade e de discriminação, que perduram no mundo desde outros períodos históricos, instigando uma reflexão sobre a importância de lembrar.

Nesses termos, sob a leitura do feminismo decolonial de Vergès, sobressai a questão da ameaça de desaparecimento como uma manifestação evidente da subtração constante da vida e da liberdade de grupos vulnerabilizados pela colonização, ao ponto que a ideia de “receber suas heranças” no presente se destaca justamente no sentido de preservação da memória sobre aqueles que já se foram, ressaltando uma ponte para o passado que reconhece lutas e experiências das quais se afirmam o próprio direito a existir.

Ora, Vergès é objetiva ao salientar sobre a necessidade de reapropriação a partir da luta contra o femi-imperialismo, fazendo com que a ideia de honrar as vidas do período colonial seja um estímulo revolucionário que incita o reconhecimento da memória, da verdade e dos demais direitos humanos fundamentais cerceados desses grupos.

Contra o silêncio e anonimato dessas figuras do passado, Vergès evidencia a relevância do direito à memória de uma coletividade circunscrita na exploração e escravidão, enfatizando um processo investigativo que deverá inspirar as gerações do presente e do futuro ao aprofundamento sobre temáticas insistentemente ignoradas por um padrão global eurocentrado.

Na bioética, portanto, o direito humano fundamental à memória serve de categoria principal a uma contribuição teórica fundada em Françoise Vergès, suscitando o resgate, por meio da lembrança das barbáries, de uma memória e de uma verdade que colabora no desenvolvimento de novos conhecimentos sobre a realidade histórica e cultural que compõem o mundo contemporâneo.

Assim, finalmente, essa ponte para o passado não apenas evoca a importância da memória como, também, justifica teoricamente a vigilância ética de situações estabelecidas em pé de desigualdade, visando devolver garantias fundamentais aos

grupos uma vez enclausurados sob uma perspectiva de exploração humana, entregando-lhes liberdade, justiça, cidadania e, finalmente, uma prospectiva de igualdade de oportunidades.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcia de Albuquerque. FERREIRA, Carmélio Reynaldo. FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. MELO, Vilma de Lurdes Barbosa e. ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. **Direito à memória e à verdade: Saberes e práticas docentes**. 2. ed.- João Pessoa: CCTA, 2017. 194p. il. (Coleção Direitos Humanos). Disponível em: https://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wpcontent/uploads/2017/10/Direito_Mem%C3%B3ria_Verdade.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto de nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília, DF, 21 dez. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/decreto/d7037.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%207037&text=DECRETO%20N%C2%BA%207.037%2C%20DE%201,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 05 nov. 2023.

BOLDT, Marilha. HOGEMANN, Edna Raquel. A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. V. 22, n. 3, p. 13-48, 2021.

BORGES, Paulo César Corrêa. CORDEIRO, Euller Xavier. LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. Discriminação de gênero e direitos fundamentais: desdobramentos sócio históricos e avanços legislativos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. V. 14, n. 2, p. 125-144, 2013.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. PRATA, Carlos Fernando Poltronieri. SALVADOR, Raíssa Lima e. Violência política de gênero: espaço público x privado no contexto do patriarcalismo latino-americano. **Conpedi Law Review**. v. 8, n. 1, p. 104-124, 2022.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. SALVADOR, Raíssa Lima e. O impacto da pobreza menstrual e da desinformação na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde das mulheres no Brasil. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. v. 8, n. 1, p. 49-64, 2022.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. LIMA, Roberto Kant. Sujeição sanitária e cidadania vertical: Analogias entre as políticas públicas de extermínio na segurança pública e na saúde pública no Brasil de hoje. **Revista Dilemas**. Rio de Janeiro, 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **A persistente desigualdade entre negros e não negros no mercado de trabalho**. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2022/boletimPopulacaoNegra2022.html> Acesso em: 04 nov. 2023.

DANTAS, Fabiana Santos. **O direito fundamental à memória**. 2008. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4176>. Acesso em: 05 nov. 2023.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. Bioética Feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. **Revista Bioética**. v. 7, n. 2, p. 01-06, 2009.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. O que é bioética. 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

FEITOSA, Saulo Ferreira. NASCIMENTO, Wanderson Flor do. A bioética no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo. **Revista Bioética**, v. 23, n. 2, 2015.

GARRAFA, Volnei. Bioética. In: CARVALHO, Antonio Ivo de (Org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. p. 741- 758.

GARRAFA, Volnei. NASCIMENTO, Wanderson Flor do. **Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade**. 2011.

GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética de Intervención. In: TEALDI, Juan Carlos (Org.). **Diccionario Latinoamericano de Bioétique**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 161-164.

GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 35-44.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Sete em cada 10 feminicídios no Brasil são de mulheres negras**. 2022. Disponível em: <https://igarape.org.br/sete-em-cada-10-feminicidios-no-brasil-sao-de-mulheres-negras/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Dossiê América Latina, Revista de Estudos Avançados**, v. 19, n. 55, 2005b.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. **Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)**. 2005a.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. **Revista Novos Rumos**. n. 37, 2002.

PIRES, Marília Freitas de Campos. O materialismo histórico-dialético e a Educação. **Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação**. v. 1, n. 1, 1997.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: ponte para o futuro**. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. **Uma em cada cinco famílias chefiadas por pessoas autodeclaradas pardas ou pretas sofre com a fome no Brasil. A situação é pior nos lares chefiados por mulheres pardas ou pretas**. 2022. Disponível em: <https://pesquisasan.net.br/uma-em-cada-cinco-familias-chefiadas-por-pessoas-autodeclaradas-pardas-ou-pretas-sofre-com-a-fome-no-brasil-a-situacao-e-pior-nos-lares-chefiados-por-mulheres-pardas-ou-pretas/> Acesso em: 04 nov. 2023.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala**. 8 ed. São Paulo: Jandaíra, 2021. 112 p. (Coleção Feminismos Plurais).

SAFIOTTI, Heleieth. **O Poder do Macho**. São Paulo: Editora Moderna, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>. Acesso em: 04 nov. 2023.

SEGATO, Rita. **Crítica da colonialidade em oito ensaios: e uma antropologia por demanda**. ed. 1, Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

VERGÈS, Françoise. **Decolonizar o museu: programa de desordem absoluta**. São Paulo, Ubu Editora, 2023.

VERGÈS, Françoise. **Uma teoria feminista da violência: por uma política antirracista da proteção**. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

DIREITO POLÍTICO FUNDAMENTAL AO SUFRÁGIO ATIVO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATURAS DE GÊNERO

DERECHO POLÍTICO FUNDAMENTAL AL SUFRAGIO ACTIVO EN LAS CAMPAÑAS DE CANDIDATURAS DE GÉNERO

Ana Paula Viana Barmann¹

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a baixa representatividade política das mulheres nos parlamentos, sendo que as mesmas representam a maioria da população brasileira. Esse fato revela a ausência de uma real pluralidade política no sistema democrático representativo. O sistema eleitoral brasileiro é proporcional em lista aberta, sendo que existe a proporcionalidade de partidos e não da sociedade. Ocorre que os partidos políticos são oligarquizados, não observam democracia intrapartidária e não oportunizam espaços de poder para as mulheres dentro dos partidos, além de não observarem a correta distribuição de fundo eleitoral e partidário. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de alterações interna nos partidos e do próprio sistema eleitoral para viabilizar a ascensão das mulheres ao poder.

Palavras-chave: representatividade; mulheres; pluralidade política.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar la baja representación política de las mujeres en los parlamentos, ya que representan la mayoría de la población brasileña. Este hecho revela la ausencia de una verdadera pluralidad política en el sistema democrático representativo. El sistema electoral brasileño es proporcional en una lista abierta, y hay proporcionalidad de partidos y no de sociedad. Sucede que los partidos políticos son oligarcas, no observan la democracia intrapartidaria y no brindan espacios de poder a las mujeres dentro de los partidos, además de no observar la correcta distribución de los fondos electorales y partidarios. En este sentido, son necesarios cambios internos en los partidos y en el propio sistema electoral para permitir el ascenso de las mujeres al poder.

Palabras clave: representatividade; Mujeres; pluralidad política.

¹ Doutoranda e mestre em Democracia e Direitos Fundamentais pelo Unibrasil, advogada e professora de direito eleitoral e administrativo, formada pela PUC/PR em 2000, integrante da ABRADEP – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político e membro da Comissão de Direito eleitoral da OAB/PR.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país extremamente plural, com grande diversidade populacional, sendo que a Constituição Federal de 1988, traz como um dos fundamentos da República o pluralismo político, o qual deve ter a capacidade de exprimir as ideias e anseios de todos os grupos existentes na sociedade.

O que se denota da análise de grupos sociais, é que muitos desses grupos não são minorias, embora sejam tratados como minorias, são grupos minorizados. Na realidade esses grupos não são minorias quantitativas, a exemplo das mulheres, as quais são mais de 50% da população (Censo, 2023), no entanto, não têm a menor expressividade nos parlamentos.

O Brasil está na 154^a (TSE, 2018) posição no ranking mundial que avalia a participação das mulheres na política, dentre 174 países avaliados. Isso significa que ainda temos um grande percurso naquilo que diz respeito às políticas afirmativas de inclusão da participação feminina na política brasileira.

A pesquisa realizada pela ONU Mulheres em 2017, entidade da Organização das Nações Unidas, em parceria com a União Interparlamentar (UIP) demonstra que “entre 33 países latino-americanos e caribenhos, o Brasil ficou com a 32^a posição quanto à presença de mulheres nos parlamentos nacionais, estando à frente somente de Belize (3,1%)” (ONU Mulheres, 2017). Em relação a “América Latina e no Caribe, a média do número de mulheres parlamentares nas câmaras de deputados ou câmaras únicas ficou em 28,8%.” (ONU Mulheres, 2017).

Em uma análise realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em março de 2019, foi constatado que de acordo com os dados do Cadastro Eleitoral, são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores, sendo certo que desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018, das quais 290 foram eleitas, ocasionando um aumento de 52,6% em relação a 2014 (TSE, 2018).

Os dados demonstram um avanço significativo rumo a paridade de gênero, no entanto, guardadas as devidas proporções ainda há muito para avançar. Ainda a pesquisa aponta que “em 2014, foram escolhidas 190 mulheres para assumir os cargos em disputa, o que equivalia a 11,10% do total de 1.711 candidatos eleitos” (TSE, 2018).

Assim, verifica-se que não há adequada representatividade desse grupo minorizado, e diante disso, se faz necessária uma análise adequada para que esse grupo possa fazer valer seus direitos e que também participem do corpo político, atingindo assim, um dos fundamentos da República, o pluralismo político.

2 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO – PROPORCIONALIDADE DE PARTIDOS POLITICOS OLIGARQUIZADOS

Para eleição de Deputados Federais, Estaduais e vereador, no Brasil, o sistema eleitoral é o proporcional em lista aberta, sendo que atualmente existem 30 (TSE, 2022) partidos políticos no país, sendo que existem 17 (TSE, 2023) partidos em formação.

O sistema proporcional em lista aberta é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Eleitoral e pelas leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – lei dos partidos políticos e pela lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 – lei das eleições.

O nosso sistema proporcional é de lista aberta e caracteriza-se pela ordenação da lista de candidatos do partido pela população, ou seja, o partido registra candidaturas dos candidatos sem ordem de preferência e os eleitores escolhem quem será o primeiro colocado da lista e assim por diante, após identificada a ordem da lista, do mais votado para o menos votado, verifica-se qual o quociente partidário, que representa quantas cadeiras o partido terá direito, sendo necessário que os primeiros colocados atinjam 10% do quociente eleitoral, para que tenha direito a ocupar a cadeira, conforme artigo 108 da Lei nº 4737/1965.

Ainda, caso as cadeiras não sejam preenchidas em uma única rodada, aplica-se o artigo 109 I, da Lei 4737/1965, o qual determina que as sobras serão calculadas pela divisão entre os votos válidos do partido pelo quociente partidário, sendo que ocupará a primeira cadeira de sobra, o partido que obtiver a maior média.

Já o §2º do artigo 109 da Lei nº 4737/1965, determina que as sobras das cadeiras serão distribuídas aos partidos que cumprirem 80% do quociente partidário, com desempenho individual do candidato que corresponda à 20% do quociente eleitoral.

Atualmente para a transformação de votos em mandato aplica-se o método *D' Hondt*, sendo que para ser eleito, aplica-se a fórmula adequada, pois o número total de votos válidos do partido é dividido pelo número de vagas do respectivo o parlamento, sendo assim, é estabelecido um teto para que esse partido tenha direito a ocupar cadeiras nos parlamentos federal, estadual e municipal.

Esse cálculo é de proporcionalidade de partidos, e o método utilizado é o método *D' Hondt*, o que será analisado a seguir. Essa fórmula é a encontrada através do quociente eleitoral e partidário, sendo que o quociente eleitoral é o número total de votos válidos dividido pelo número de cadeiras do parlamento² e o quociente partidário, encontra-se através do total de votos válidos do partido político dividido pelo

² Ce= votos válidos

Número de cadeiras

quociente eleitoral³. O quociente partidário é o número de cadeiras que cada partido político terá direito a ocupar no parlamento.

Sendo assim, verifica-se que o quociente eleitoral determina a representação proporcional, prevista no art. 106 do Código Eleitoral. O número total de votos válidos (são excluídos os votos nulos e brancos) é dividido pelo número de vagas a serem preenchidas.

Esse resultado obtido é o mínimo quantitativo de votos que um partido deve alcançar para ter direito a uma vaga no parlamento. Ainda, após encontrar o quociente eleitoral, conforme a regra exposta, encontra-se o quociente partidário, sendo que por meio dele, faz-se a divisão dos votos válidos do partido pelo quociente eleitoral, e esse indicará o número de vagas que serão ocupadas pelo partido.

Por fim, o art. 108 do Código Eleitoral ainda prevê mais uma condição para que a vaga seja ocupada, sendo obrigatório que o candidato tenha obtido votação igual ou superior a 10% do quociente eleitoral.

Diante da análise do sistema partidário brasileiro, todos reconhecem a importância do papel dos partidos políticos, tendo em vista que as cadeiras dos parlamentos pertencem aos partidos políticos, segundo o cálculo do quociente partidário, assim como Pablo Lucas Verdu (Verdu, 1971 p, 30) afirma que os partidos políticos representam “uma agrupação organizada, estável, que solicita um apoio social para sua ideologia e programas políticos a fim de disputar o poder e participar na orientação política do Estado”.

Da mesma forma salienta o Palhares Moreira Reis (Reis, 1999, p 20-21), em seu livro “Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira”, quando afirma que os partidos políticos eram associações organizadas, que tinham como objetivo participar do processo político. Ainda, segundo o autor houve uma segunda e terceira fases da existência dos partidos políticos, quando foram reconhecidos por leis as suas organizações, controle de finanças e procedimento de propagandas, sendo que posteriormente os partidos políticos foram inseridos nos textos constitucionais.

Da mesma forma entende Gilmar Ferreira Mendes quando fala dos Direitos Políticos na Constituição que

“o processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e a sociedade”.

³ CP= votos válidos do partido

Para Eneida Desirre Salgado (Salgado, 2013, p 85) os partidos políticos desempenham função primordial para a democracia brasileira, detendo o monopólio na apresentação de seus candidatos, sendo “destinatários de garantias e vedações fixadas constitucionalmente”.

No entanto a realidade dos partidos políticos, sempre foi muito complexa, tendo em vista, que o legislador sempre distanciou a sociedade civil dos partidos e houve uma demora significativa para o reconhecimento desses partidos, tanto na legislação como nas Constituições Brasileiras. Assim entende Ana Cláudia Santano:

O reconhecimento jurídico dos partidos políticos somente ocorreu depois de que o mundo vivesse um colapso dos sistemas políticos liberais, a partir do surgimento de regimes totalitaristas que proibiam a sua existência. Esses eventos deixaram claro que os partidos exerciam uma função básica no estabelecimento de um sistema democrático, fazendo da sua inserção no ordenamento jurídico algo previsível e genuíno. Houve alguns fatores que contribuíram a isso, como pode ser o atraso inerente ao Direito em regular fenômenos da vida social que ainda não tenham comprovado ter certa perdurabilidade no tempo ou a resistência os próprios partidos a serem regulados. Entretanto, a causa principal foi, sem dúvida, a concepção liberal do Estado que, considerando os partidos como associações privadas, mantinha por sua vez uma rígida separação entre o governo (Estado) e sociedade, deixando-os fora da esfera de regulação estatal. (Santano, 2016, p.21).

Para atingir o objetivo do presente trabalho, sendo justamente analisar os aspectos da representatividade dos minorizados é necessário entendermos os partidos políticos e suas estruturas, para que se possa compreender e analisar o seu funcionamento atualmente.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 17 a livre criação, fusão e incorporação dos partidos políticos, resguardando a soberania nacional, o regime democrático, pluripartidarismo e os direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 coloca os partidos políticos como pessoa jurídica de direito privado, quando no artigo 17 afirma que os partidos devem registrar seus estatutos perante o Tribunal. Superior Eleitoral, e para sua criação existem requisitos formais a serem obedecidos, o que será analisado a seguir.

O artigo 17 da Constituição Federal de 1988 delimita as liberdades e limites constitucionais acerca da autonomia partidária no Brasil, o que foi de fato um avanço importantíssimo para que os partidos passem a atuar verdadeiramente, embora o que percebemos é que a mudança necessita ocorrer no plano das atitudes conjuntamente com as alterações legislativas.

Os incisos do artigo 17 da Constituição Federal delimitam que os partidos devem obedecer ao carácter nacional, não podem receber recursos de entidades ou

governos estrangeiros, devem prestar contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar deve obedecer a lei.

A Constituição Federal determina que os partidos políticos devem prestar contas anualmente, sendo que esse aspecto não será abordado no presente trabalho, tendo em vista que não guarda relação direta com a questão de financiamento das campanhas de cotas de gênero e sim apenas quanto a forma de aplicação do fundo partidário para o fomento de políticas para mulheres no âmbito de cada partido e nesse aspecto cumpre analisar os critérios adotados pelos partidos para aplicação desse recurso.

Embora as prestações de contas sejam formas de mecanismos de controle externo aos partidos políticos e são consideradas formas de averiguar se o fundo partidário está sendo aplicado corretamente para as políticas de fomento para as mulheres, não será abordado no momento, mesmo sendo um dos limites de autonomia dos partidos políticos, tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é a análise dos limites quanto à forma adotada de financiamento, especificamente.

Houve o avanço da Constituição Federal de 1988 em relação aos partidos políticos, pois além de estabelecer liberdades aos partidos, pôde enumerar os atos de tal liberdade. Esse avanço foi absolutamente necessário para que os partidos pudessem exercer sua real função na sociedade, a de estabelecer vínculos de representatividade.

No entanto, os partidos políticos estão absolutamente oligarquizados, sendo comandados por caciques, os quais comandam os partidos sem observância da democracia intrapartidária.

Segundo o constituinte Florestan Fernandes (Fernandes, 2021. p. 433), a intenção da existência dos partidos na Constituição de 1988 era de que “nenhum partido poderá mais sobreviver apenas com caciques, [cada partido] teria que diferenciar sua organização para enfrentar sua própria natureza”. Para Aldo Arantes, com o instituto aprovado “cada agremiação poderia [tanto interna como externamente] praticar seus métodos, respeitando fundamentalmente a democracia e a vontade de suas bases políticas”.

Nesse sentido, os partidos políticos não apresentam mais condições de cumprir o papel de trazer à tona o pluralismo político aos parlamentos, portanto, essa democracia representativa está defasada com relação à representatividade com relação as mulheres, o que será analisado na sequência.

3 A FALÁCIA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL

Assim, o nosso sistema democrático não contempla o grupo minorizado de mulheres na representatividade, sendo que o sistema eleitoral, de cotas e as ações afirmativas ainda não são suficientes para atender essa demanda, e diante disso, mu-

danças legislativas são necessárias para atender o pluralismo político e democrático na representatividade.

Segundo Orides Mezzaroba (Mezzaroba, 2013, p. 168-169), os partidos políticos têm importante papel nas democracias representativas:

o surgimento das chamadas Democracias representativas partidárias se deve à crise do modelo de representação anterior altamente descomprometido com critérios mínimos de representatividade. É, pois, justamente diante desta crise de representatividade, proporcionada pela representação liberal, que surgem os partidos políticos, com a função de intermediar, aglutinar, incorporar e executar as vontades individuais. Nesse sentido, pode-se afirmar que os partidos políticos nascem para aperfeiçoar o próprio sistema de representação política. [...] Assim sendo, na Democracia representativa os partidos políticos surgem como instituições incumbidas de canalizar a vontade de cada um dos representados, buscando expressá-la de forma unificada e organizada. A vontade deixa de ser unitária de um sujeito não real, conforme vislumbrava a concepção liberal, transformando-se em pluralidade de vontades, de sujeitos reais. Os representados passam, então, a identificar-se com os princípios e programas partidários e não mais apenas com a personalidade individual e única do representante.

O debate em torno da democracia deliberativa e da democracia intrapartidária não é problema de discussão exclusiva do Brasil. Na Europa a “Comissão de Veneza⁴” fez várias considerações ao parlamento europeu de boas práticas aos partidos políticos

Na concepção de Fernando Guarnieri (Guarnieri, 2015, p. 16), o qual faz uma pesquisa a respeito da democracia intrapartidária, afirmando que:

“nenhuma das propostas de reforma política propõe atacar esse problema, mesmo porque os partidos são entidades públicas de direito privado e são livres para se organizar. No entanto, o Estado pode estabelecer algumas balizas para essa organização, como está ocorrendo em muitos outros países e como exemplificado pelo relatório da Comissão Veneza”.

No entanto pode-se afirmar que a crise de representatividade e de democracia se deve, e muito, à autonomia investida aos partidos políticos, os quais tem total liberdade quanto a sua organização interna e, nesse aspecto os filiados partidários

⁴ Guidelines of Best Practice for Political Parties – Venice Commission, grifo meu. Its explicit aim, ..., is to reinforce political parties' internal democracy and increase their credibility in the eyes of citizens, thus contributing to the legitimacy of the democratic process and institutions as a whole and fostering participation in political life, as well as to promote democratic principles such as equality, dialogue, co-operation, transparency and the fight against corruption.

não exercem sua liberdade ativa, sendo essa a possibilidade de contestar e deliberar sobre as tomadas de decisões consideradas insatisfatórias e incoerentes com as intenções dos grupos minoritários dentro do partido político. (BARMANN, 2019, p. 36).

Nesse sentido, importante destacar que a crise de representatividade em função da ausência de pluralismo nos parlamentos está diretamente ligada a falta de uma governança democrática dos partidos políticos no Brasil

Portanto, Bobbio (Bobbio, 1986, p.13) deixa clara a ideia de democracia representativa, como sendo:

a de que um grupo de indivíduos tomará a decisão do grande grupo. Entretanto, a tomada de decisão, por si só, não basta para sua concepção de democracia: é necessário o respeito aos indivíduos que tomarão as decisões e às regras de procedimento.

O autor também entende fundamental que sejam “assegurados direitos e garantias individuais aos votantes, como os direitos de liberdade, de opinião, de expressão e de livre associação”.

No entendimento de Almeida (Almeida, 2006, p. 180-182) na democracia representativa o mandato pertence aos cidadãos, sendo que a cada eleição esse mandato poderá ser reafirmado ou revogada. A autora entende que se presume uma correspondência entre os anseios da população e as ações dos mandatários, e ainda que lhes prestem contas, “mas a maneira como fazem essa satisfação é muito antiga, pois, de um lado, o mandato pode ser entendido como autorização ampla para agir; e, de outro, pode ser circunscrito a definições precisas dos objetivos almejados pelos eleitores”.

A teoria da “duplicidade” do mandato é ponto crucial para toda a estruturação do sistema representativo moderno, que assinalaram o advento do Estado liberal. “Segundo essa teoria, a partir do momento em que é eleito, o candidato desvincula-se do segmento que o elegeu, para então tomar as decisões pensando nos interesses da nação, o qual passa a ser entendido como parte de um corpo político espiritual” (Rodrigues, 2017).

Para Bonavides (Bonavides, 2001, p.13) o representante torna-se politicamente uma nova pessoa, o qual tem uma vontade diferente da vontade do representado, e ainda:

fértil de iniciativa e reflexão e poder criador”. Continua o autor que esse parlamentar pode ser considerado senhor absoluto de sua capacidade decisória, volvido de maneira permanente – na ficção dos instituidores da moderna ideia representativa – para o bem comum, faz-se ele órgão de um corpo político espiritual – a nação, cujo querer simboliza e interpreta, quando exprime sua vontade pessoal de representante.

Assim, com base nessa teoria a representatividade não existe uma procuração na qual o eleito representa o eleitor diretamente, ou um grupo determinado, e sim existe uma forma de representatividade de todos os cidadãos de forma indiscriminada, a nação representada como um todo, sem segmentação ou defesa de direitos de grupos.

Com o passar dos anos e evolução social, essa teoria não conseguiu mais satisfazer a vontade popular, sendo que os grupos começaram a se insurgir diante da inércia de representatividade e então a teoria da identidade passou a vigorar, aonde governados e governantes, e eleitos estariam vinculados aos eleitores e às suas vontades (Vitullo, 2009, p. 271-301).

Ainda no entendimento de Bonavides (Bonavides, 2001, p. 16-17) “essa imperatividade do mandato entrou como um paradoxo no sistema de sufrágio, pois a vontade una e soberana do povo, que deveria resultar num sistema representativo de inspiração totalmente popular”, sendo que a representatividade acabou por disputas de vontades antagônicas e entre disputas entre partidos e grupos de pressão, esquecendo assim, da ideia de representatividade a qual deve estar vinculada ao eleitor. O autor aduz que:

nas sociedades de massa chocam-se de forma violenta os pilares da teoria da identidade com os interesses econômicos, políticos e sociais, pois cada vez mais os interesses globais do povo e os interesses parcelados de grupos e classes conflitantes surgem, sendo inviável atendê-los por uma teoria da democracia clássica, baseada na teoria da identidade.

Bobbio (Bobbio, 2001, p. 16-17) afirma que o sistema democrático está em constante “mutação”, e reitera os problemas da democracia representativa, destacando a falta de compromisso do eleito com o eleitor após o pleito. Afirma que essa desvinculação, tem duas características:

- a) na medida em que o eleito goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante seus eleitores sobre os atos praticados durante o seu mandato, o qual não é revogável; e
- b) não é responsável perante os seus eleitores a tutelar os interesses da sociedade civil e, sim, os interesses particulares de determinadas categorias”.

Assim, “o que tem se vivenciado no Brasil é a crise desse modelo. Os representantes já não representam o povo; este, por sua vez, já não se interessa pelos assuntos políticos. O número de partidos cresce, mas as ideologias continuam as mesmas”, sem contar que o poder legislativo ainda, de certa forma, opera para atender o poder executivo.

Segundo Comparato (COMPARATO, 2007, p. 28) “a crise de representatividade acentua-se a cada dia mais com a indignação da população e as disparidades na sociedade brasileira”. Segundo o autor, o “sistema de representação liberal, no Brasil, sempre foi uma fantasia retórica”. Afirma que o povo não aparece representado em sim as “classes ricas e as corporações poderosas ou os grupos de pressão mais influentes”.

Ainda diante de todos os problemas da atualidade, Bobbio (Bobbio, 1986, p.26) entende a democracia representativa a única forma a ser seguida pela sociedade, desacreditando das participações direta por meio da internet, e tem receio da apatia social frente a esse fenômeno. “A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir seu próprio voto ao menos uma vez por dia.

4 O SISTEMA ELEITORAL COMO MECANISMO DE INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA

Para o presente estudo, a democracia representativa, democracia deliberativa e constitucional são essenciais, pois embora o processo eleitoral brasileiro seja um dos mais desenvolvidos do mundo, enfrentamos uma grave crise de representatividade e por esse motivo, pode-se desde logo afirmar que existe um forte abalo desses três pilares sustentadores da democracia brasileira.

Essa crise de representatividade se dá em função da ausência de pluralidade nos parlamentos em decorrência da falta dos partidos políticos conseguirem representar os grupos sociais existentes.

O autor Bruno Bologneso cita Htun e Power (Bologneso, 2006, p.26), os quais entendem que “apenas com ações afirmativas é que podemos almejar uma ampliação importante no tangente à participação feminina e incremento da qualidade da democracia no Brasil”.

Ainda continua, em texto próprio:

que se pode considerar as cotas de gênero para eleições no Brasil como uma medida de política pública. Não somente pelo aparato conceitual dos estudos do tema, mas também pelo caráter propriamente público em que as cotas inserem-se. ao mesmo tempo em que estão atreladas a um sistema complexo de instituições, estruturas e indivíduos, as cotas de gênero são uma discriminação positiva que visa garantir direitos a uma minoria específica” (Bologneso, 2006, p. 126).

Quanto ao baixo desempenho das campanhas femininas vários fatores podem ser considerados nas disputas eleitorais, sendo que o financiamento de campanhas é

um deles, havendo discriminação das mulheres na distribuição dos recursos do fundo partidário havendo “de fato um subfinanciamento das campanhas das mulheres em relação às campanhas dos homens” (Sacchet, Speck, 2012).

Importante destacar nesse momento, segundo entendimento Eneida Desirre Salgado (Salgado, 2016, p. 143), que a Constituição Federal traz contornos precisos e expressos a respeito da autonomia partidária, assim como existe o recorte constitucional à autonomia das associações. Afirmar ainda que a autonomia é amplamente defendida em face do todo o contexto histórico de controle estatal sobre os partidos políticos e o texto constitucional não admite que os partidos políticos tenham objetivos que afrontem a soberania nacional, o retorno do bipartidarismo e discriminação a determinados grupos sociais, sendo necessário que “os estatutos dos partidos políticos e, de maneira mais enfática, sua prática cotidiana, devem fazer ecoar estes comandos constitucionais, que representam exigências do Estado Democrático de Direito que empresta aos partidos políticos papel protagonista na democracia representativa”.

Diante disso, importante observar que o sistema eleitoral é um forte mecanismo de inserção desse grupo minorizado no poder, através dos partidos políticos, tendo em vista que não existe candidatura avulsa no Brasil e todos os candidatos necessitam de filiação partidária para exercer a capacidade eleitoral passiva.

Assim, como os mandatos pertencem aos partidos políticos e não aos mandatários, o que se denota do próprio sistema eleitoral, através do cálculo do quociente partidário, é que esses partidos políticos devem indicar às suas listas partidárias pessoas pertencentes ao grupo minorizado de mulheres para que esses sejam viabilizados a acender ao poder político.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou demonstrar a necessidade da realização efetiva de participação de mulheres na política, a qual tem sido efetivada através políticas afirmativas positivas com relação às cotas de gênero no âmbito político. Isso se deve a todo processo histórico de exclusão, em especial no que diz respeito às mulheres, no processo político eleitoral no Brasil.

A legislação brasileira prevê percentuais para a composição de cotas de gênero das candidaturas e a destinação do fundo partidário na implementação das políticas para mulheres, no entanto, foi necessária decisão do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADIN 6197/2018) para que esse percentual fosse equipado a 30%, fazendo valer o percentual de financiamento ao percentual das cotas.

Assim, verifica-se que a legislação não atende de forma eficaz a realização das políticas afirmativas para que as cotas sejam efetivamente preenchidas, necessitando de uma melhor regulamentação para o alcance dessa finalidade de forma objetiva.

E nesse sentido, que se faz necessária uma nova visão a respeito da governança democrática dos partidos políticos para a inserção e participação de todos os grupos sociais existentes na vida dos partidos.

Sendo assim, o nosso sistema eleitoral, o qual determina que os mandatos pertencem aos partidos políticos, deve contemplar as mulheres nas listas partidárias para que esses possam representar nos parlamentos de forma efetiva, todos os grupos sociais, trazendo de fato, o pluralismo político para o debate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Maria Hermínia Tavares de. **Pertencimento do mandato**. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 180-182. p. 180.

Barmann, Ana Paula Viana, Limites à autonomia dos partidos políticos nas candidaturas de cotas de gênero. Dissertação de mestrado, 2019. Unibrasil

Bobbio, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.

Bolognesi, Bruno. **A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral?** Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política. Apud HTUN, M. & POWER, T. J. 2006. **Gender, Parties, and Support for Equal Rights in the Brazilian Congress. Latin American Politics and Society**, Oxford, v. 48, n. 4, p. 83- 104, Winter.

Bolognesi, Bruno. A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral? Paraná Eleitoral: **Revista brasileira de direito eleitoral e ciência**. p. 126

Bonavides, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 216-217.

Brasil. Constituição Federal de 1988: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos. I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

Brasil. **LEI Nº 4737/1965**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737compilado.htm. Acesso em: 18 de dezembro de 2022. (...)Art. 108. Acesso em:

18 de dezembro de 2022. (...) Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Comparato, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 28.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

Guarnieri. **Democracia intrapartidária e reforma política**. Rev. Parlamento e Sociedade, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 83-106, jul./dez. 2015. p. 106.

Jornal Da Constituinte. Órgão oficial de divulgação da Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, julho de 1998, p. 8. Cf. MEZZAROBBA, Da representação..., v. 2, parte 3, cap. III, p. 433.

Manfredini, Karla M. **Democracia representativa brasileira: o voto distrital puro em questão**. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: Acesso em: 13 set. 2017. p. 25.

Mezzaroba, Orides. **O Regime Jurídico dos Partidos Políticos no Brasil**. In: SALGADO, Eneida Desiree. DANTAS, Ivo (Coord.). Partidos Políticos e seu Regime Jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 168-169.

Reis, Palhares Moreira. **Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira**, in: Cinco Estudos sobre Partidos Políticos. Recife; UFPE. Editora: Universitária, 1999. p. 20-21.

Rodrigues, Nina Tricia Disconzi; RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro. **Novos rumos para a democracia representativa no Brasil e a PEC 61/2007 do Senado Federal**. RIL Brasília a. 54 n. 216. out./dez. 2017 p. 181-205. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p181.pdf . Acesso em: 15 de setembro de 2023.

Sacchet, Teresa. Speck, Bruno Wilhelm. Financiamento eleitoral, representação política e gênero: uma análise das eleições de 2006. Revista Opinião Pública. vol.18 no.1 Campinas June 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762012000100009>. Acesso em 12 dez. 2018.

Salgado. Eneida Desirre, Dantas. Ivo. **Partidos Políticos e seu regime jurídico. Os partidos políticos e o Estado Democrático: A tensão entre a autonomia partidária e a exigência de democracia interna**. Curitiba: Juruá. p.143.

Santano, Ana Claudia, **O financiamento da política: teoria geral e experiências no direito comparado**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 21.

TSE. **Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014.** 08 mar. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Verdu, Pablo Lucas. **Princípios da Ciência Política.** Madri: Madri, 1971, v, III, p. 30.

Vitullio, Gabriel. **Representação política e democracia representativa são expressões inseparáveis? Elementos para uma teoria democrática pós-representativa e pós-liberal.** Revista Brasileira de Ciência Política, nº 2. Brasília, julho-dezembro de 2009, pp. 271-301. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1641/1443> acesso em: 15 de agosto de 2023.

ETARISMO: DISCRIMINAÇÃO SILENCIOSA NA CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA

AGERISMO: DISCRIMINACIÓN SILENCIOSA EN LA COMPRA DE SEGUROS DE VIDA

Aurineide Monteiro Castelo Branco¹

RESUMO

O presente artigo trata dos desafios enfrentados pelas pessoas que envelhecem, mesmo com boa saúde, disposição e que sofrem com a discriminação denominada etarismo. Especificamente, analisa-se a forma como seguradoras e segurados se comportam na contratação e na renovação dos seguros de vida a partir de 60 anos na perspectiva do legislativo e do judiciário no tocante a possibilidade de resguardar também os direitos de pessoas com idade entre 40 e 59 anos. Questiona-se até que ponto ocorre a discriminação na contratação (etarismo) de seguro de vida. Ademais, teve-se como objetivo analisar se há possibilidade de anulação dos reajustes abusivos ou não, por faixa etária, na perspectiva do judiciário e do legislativo, por parte da seguradora. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa do tipo bibliográfica, com abordagem qualitativa com o fulcro de atenuar a problemática sobre os impactos negativos na vida financeira e intelectual das pessoas com idade entre 40 e 59 anos e idosos. Inicialmente, aborda-se o contexto do etarismo. Em seguida, discorre-se acerca do seguro de vida e seus requisitos, examinando a legislação e decisões judiciais. Diante desse panorama, tornam-se relevantes discussões sobre o tema com o intuito de compreender o problema e conscientizar a população, bem como inibir tais práticas. A conclusão, após a abordagem discursiva que ora analisa o etarismo e o seguro de vida é que se mostra necessária mudança de paradigma na compreensão do tema visando limitar os reajustes na renovação dos contratos.

Palavras-chave: etarismo; discriminação; seguro de vida; poder judiciário.

RESUMEN

Este artículo aborda los desafíos que enfrentan las personas que envejecen, incluso con buena salud y disposición y que sufren una discriminación llamada discriminación por edad. En concreto, analiza el comportamiento de aseguradores y asegurados a la hora de contratar y renovar seguros de vida a partir de los 60 años desde la perspectiva del legislador y del poder judicial respecto a la posibilidad de proteger también los derechos de las personas entre 40 y 40 años. 59 años. Se cuestiona hasta qué punto se produce discriminación en la contratación (edadismo) de seguros de vida. Además, el objetivo fue analizar si existe posibilidad de nulidad de ajustes abusivos o no, por grupo de edad, desde la perspectiva del poder judicial

¹ Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados Brasileiros – Seção Ceará. Doutoranda pela Universidade de Fortaleza. draaurineidemonteiro2@gmail.com.

y el legislativo, por parte de la entidad aseguradora. Para ello se desarrolló una investigación bibliográfica, con enfoque cualitativo con el objetivo de paliar la problemática de los impactos negativos en la vida financiera e intelectual de personas con edades entre 40 y 59 años y personas mayores. Inicialmente, se aborda el contexto de la discriminación por edad. A continuación se analizan los seguros de vida y sus requisitos, examinando la legislación y las decisiones judiciales. Ante este panorama, cobran relevancia las discusiones sobre el tema con el objetivo de comprender el problema y sensibilizar a la población, así como inhibir tales prácticas. La conclusión, tras el abordaje discursivo que ahora analiza la discriminación por edad y los seguros de vida, es que es necesario un cambio de paradigma en la comprensión del tema para limitar los reajustes en la renovación de contratos.

Palabras clave: discriminación por edad; discriminación; seguro de vida; poder Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Envelhecer é algo inerente, imutável e natural ao ser humano que ocorre ao longo de sua vida. Estamos constantemente em processo de envelhecimento, manifestando-se por meio da junção de vários processos, quais sejam: psicológico, biológico, cultural e social (Ploner *et al.*, 2008). Assim sendo, face a essa verdade irrefutável, busca-se a atenuar, por meio de seguros de vida, os desgastes na saúde e os impactos negativos financeiros por conta do envelhecimento.

Acompanhando esse processo natural, encontra-se muitas vezes a discriminação por razões etárias. Percebem-se ramificações desse tipo de discriminação em vários setores da economia, tais como: no ensino superior, no mercado de trabalho, na contratação de planos de saúde e de seguros de vida, entre outros. O levantamento de dados feito pela OMS (2023) constatou que, no Brasil, o etarismo se inicia entre pessoas que não alcançaram a terceira idade. Cerca de 16,8% dos brasileiros com idade inferior, igual ou superior a 50 anos já foram vítimas de alguma discriminação por envelhecimento.

Criar-se uma definição específica sobre o que é e como é envelhecer trata-se de uma atividade difícil, especialmente quando se considera tratar-se de um processo que engloba a busca de uma vida saudável com maior e melhor longevidade possível, onde o indivíduo não seja privado de acessos à fonte de renda, por meio do trabalho, à educação, saúde e outras fontes que possam contribuir com o bem-estar dessa categoria populacional (Freitas, 2010).

No decorrer de toda vida frequentam-se grupos sociais, ambientes e organizações que segregam eventualmente seus respectivos indivíduos fundamentado no quesito idade, ocorrendo comumente a limitação ou restrição de acesso dos mesmos a meios que os conduziria a um bem-estar durante os processos naturais mencionados no parágrafo anterior (Pereira, 2014). O cenário parece estar mudando, seja pela crescente população nessa faixa etária, seja pelo fato de as pessoas envelhecerem com mais qualidade vida.

Arendt (2010) aduziu que o bem-estar do homem, enquanto gênero da espécie humana, necessita que lhes sejam garantidos: o trabalho como objeto da manutenção da vida, a obra como fruto da produção de algo novo e ação que concerne uma vida pública e política ativa. Estas três perspectivas são vertentes da garantia de parte da *vita activa*: a vida humana.

Segundo Wanderley (2002), diversas situações são descritas como exclusão. Sob este estereótipo, estão incluídas várias categorias, algumas manifestações que se apresentam como rompimentos de vínculos sociais: pessoas com deficiência, idosas e desempregadas, jovens idosas que sofrem etarismo, o(a)s desadaptados/as socialmente, “minorias étnicas ou de cor” e jovens sem condições de aceder ao mercado de trabalho, entre outros.

Por esse prisma, destaca-se a importância de estudos sobre etarismo no âmbito dos contratos dos seguros de vida, pois em todos os segmentos identifica-se uma marca de discriminação etária (etarismo) em ascensão.

No que concerne à problemática dos consumidores de planos de seguro de vida com idade entre 40 e 59 anos e 60 anos, algumas situações merecem ser referidas. Nos contratos onde o consumidor/contratante se mantém na seguradora, com renovação após mais de dez anos, se permite a rescisão unilateral na repactuação dos contratos por motivo de desistência ou por conveniência do segurador. Cumpre verificar como o Judiciário vem decidindo acerca do tema e da “estipulação de prêmio” em virtude da “condição de idoso”, autorizando renovação com reajustes, e se há discriminação dos consumidores, com implemento da faixa etária acima indicada.

Diante do contexto, questiona-se: De que forma o judiciário e o legislativo se posicionam em relação às cláusulas contratuais, no que se refere à contratação do seguro de vida levando em consideração o etarismo?

Teve-se como objetivo geral analisar se há possibilidade de anulação dos reajustes abusivos ou não, por faixa etária, na perspectiva do judiciário e do legislativo, por parte da seguradora.

Para alcançá-lo, desenvolveu-se pesquisa de caráter intervencionista por meio de uma investigação bibliográfica sobre a taxa de crescimento do etarismo, projeto de lei que altera o Estatuto do idoso e análise dos julgados no Superior Tribunal de Justiça. No que se refere à natureza, a pesquisa caracteriza-se como qualitativa, com fins descritivos por buscar descobrir o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em relação aos seguros de vida frente ao etarismo.

O estudo tem a finalidade, para além do enfrentamento da problemática propriamente dita, de apurar, de forma simultânea, as consequências advindas desse grave problema sociocultural vivenciado pelas pessoas de meia idade e idosos na contratação de seguros de vida e os reflexos dele nos poderes legislativo e judiciário.

No primeiro capítulo, aborda-se o contexto do etarismo. No segundo, discorre-se acerca do seguro de vida e seus requisitos. Por fim, no terceiro capítulo, disserta-se sobre os seguros de vida e etarismo na perspectiva dos Poderes Legislativo e Judiciário. Diante desse panorama, tornam-se relevantes discussões sobre o tema com o intuito de conscientizar a população e inibir tais práticas.

2 ETARISMO

O envelhecimento traz consigo a possibilidade de ensejar tratamentos discriminatórios. Sabe-se que esse tipo de preconceito existe há tempos tanto que foi editada a Lei 10.741/2003 (Brasil. Estatuto do idoso, 2003). Data vênua, mencionada legislação se detém a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Todavia, o presente diálogo se direciona a pessoas variando entre 40 e 60 anos, ou seja, fora da abrangência do aludido Estatuto.

Em que pese o termo etarismo possa parecer “novo”, todavia a discriminação, em face da idade, no mercado de trabalho é um assunto recorrente. De acordo com o relatório Global sobre Etarismo elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2023) e pela Organização das Nações Unidas (ONU, 2023), conceitua-se etarismo institucional como sendo o conjunto de “regras, normas e práticas de instituições” que delimitam inapropriadamente as oportunidades por conta da idade.

Com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que indicou que, “de 2012 a 2019, a parcela da população com mais de 50 anos cresceu de 23% para 28%. Estimativas indicam que até 2040 seis em cada dez trabalhadores brasileiros terão mais de 45 anos de idade”. Em virtude de referidos trabalhadores custearam o sustento familiar, o IBGE calculou que cerca de 17 milhões de famílias brasileiras terão suas rendas comprometidas (IBGE, 2023).

A União Europeia manifestou-se, pela primeira vez, sobre a discriminação etária, tornando-a ilegal o que designou que cada Estado-membro deveria adotar leis que punissem essa prática discriminatória (Galdani, 2008). Entretanto, o preconceito social está diretamente ligado ao crescimento da população brasileira e ao aumento da taxa de envelhecimento. O Brasil, de acordo com o Censo de 2023, tem 203 milhões de habitantes e, até 2030, deve registrar o acréscimo de, pelo menos mais 5 milhões (IBGE, 2023).

Corroborando com a análise de dados do IBGE, em 1940 a população idosa tinha uma representatividade de cerca de 4,1% do total. Em 2011 teve um acréscimo da taxa para 12,1% e vem se mantendo em ascendência enquanto a taxa da população jovem vem caindo (IPEA, 2023).

O idadismo, termo criado pela União Europeia, causa desigualdade de oportunidades, injustiças e danos à saúde e ao bem-estar desses indivíduos, consubstanciando-se em uma grande restrição ao envelhecimento saudável. A sociedade brasileira, desde sempre estratificada, também em termos etários segue uma tendência discriminatória no sistema de saúde, locais de trabalho e ensino de qualquer natureza, incluindo a exclusão na docência bem como entre os discentes (Viana, 2023).

Argumenta-se que os estereótipos e discriminação por idade são problemáticas que todos devem enfrentar e disseminar por intermédio da conscientização, educação e intervenção com políticas públicas e legislação adequada. A divulgação ganha espaço porque traz como pano de fundo a longevidade populacional que afeta esse grupo etário em suas condições financeiras e, por fim, para se sentirem úteis, vivos e colaborativos (Han, 2023).

O etarismo é sutil, universal e frequente, todavia, como não inclui atitudes preconceituosas envolvendo cor, sexo, nacionalidade, religião ou renda, as vítimas se sentem desamparadas, acarretando várias consequências quais sejam: depressão, ansiedade, problemas cognitivos assim como correu com uma aluna de 45 anos, na Universidade de Bauru, em 17.03.2023. Esse incidente teve olhar das mídias, mas quantos já ocorreram e ainda persistem sem o considerável destaque nem punição dos infratores (USP, 2023).

Especificamente neste estudo se examinará como o etarismo se manifesta na contratação de seguros de vida e como o Judiciário se manifesta a respeito. Os contratos de seguro são mecanismos de cunho financeiro, que objetivam proteger interesse relativo à pessoa ou a coisa contra riscos,

O fato é que o idadismo, embora silencioso, se ramifica nos mais diversos segmentos da sociedade, seja no trabalho, na contratação de seguros e planos de saúde, no ensino superior entre outros, impedindo que as pessoas inseridas nessa categoria possam avançar e conquistar seu bem-estar numa fase em que necessitam de maior tranquilidade.

3 SEGURO DE VIDA E SEUS REQUISITOS

A indústria de seguros é um dos ramos de fornecimento de produtos e serviços mais relevantes no tocante ao “desenvolvimento econômico sustentável”, porque ele se retroalimenta por meio dos prêmios pagos pelos segurados.

O segmento de seguros tem por objetivo proteger o interesse segurável bem como fomenta provisões e reservas financeiras a longo prazo. Assim, é possível garantir que pela promoção da retroalimentação “virtuosa entre a atividade produtiva e

o legítimo interesse social, este setor desempenha um papel central na promoção do bem-estar coletivo” (Bispo, 2022).

O contrato de seguro é um pacto firmado entre o segurado e segurador com o propósito de regulamentar juridicamente a atividade econômica pela qual o segurador se obriga, em face do pagamento de um prêmio por parte do segurado, garantindo o interesse legítimo e segurável deste contra riscos (Oliveira, 2013).

A definição foi acolhida pelo Código Civil (Brasil, 2002) no artigo 757, *caput*, que melhorou o conceito do Código Civil anterior (Brasil, 1916), que considerava contrato de seguro “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato” (Fachin, 2015).

Em conformidade com o art. 796 do CC/02, não há dúvida quanto a isso: “O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado”, ou seja, seguros de vida afetos à pactuação por força de lei, com prazo determinado, mas também podendo ser avençados com caráter vitalício.

É conveniente destacar que os seguros de vida podem ser celebrados individualmente ou coletivamente (quando existe a figura do estipulante), o que direciona a doutrina a atestar a possibilidade de que o art. 796 direciona, em tese, e são aplicados “a todas as formas de contratação”. (Pascoalotto, 2020).

Segue parte da ementa do REsp 880.605/RN, que corrobora o que foi exposto:

[...] o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício.

Seguindo o mesmo sentido, deslindam Tzirulnik, Cavalcanti e Pimentel (2003), ao discorrerem sobre o art. 796 do CC/02:

Refletindo uma das possíveis classificações dos seguros de vida, explicita o artigo em exame a possibilidade de o prêmio ser contratado por prazo limitado ou por toda a vida [...]. Entretanto, convém lembrar que os seguros em grupo serão sempre temporários [...].

O seguinte trecho do voto do Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp nº. 1.073.595/MG, vai no mesmo sentido:

[...] antes da edição do Código Civil de 2002, os seguros de vida eram contratos, em geral, por um longo período, podendo ser, até mesmo,

vitalícios. A cláusula de vigência anual, editada pelo art. 774 do CC, prevendo a renovação automática por apenas uma oportunidade, só passou a ser adotada mais recentemente [...] (Tzirulnik, Cavalcanti; Pimentel, 2003).

Cumpra-se discorrer sobre a alteração nas teorias que fundamentam a conceitualização atual dos contratos de seguros inaugurada com a entrada em vigor do Código Civil (Brasil, 2002). Houve confronto entre a definição do Código Civil (Brasil, 1916) e a do Código atual (Brasil, 2002).

Na codificação do direito anterior, definia-se “o contrato de seguro à luz da teoria da indenização, ou seja, tinha o contrato de seguro tem a finalidade de ressarcir os prejuízos provenientes de certos riscos” (Andrade, 2015).

Já no Código Civil atual, em seu art. 757, consagra-se a corrente que defende o negócio jurídico a ser celebrado com o fito de garantir o interesse segurável e, por sua vez, efetivar-se como negócio de ordem econômica, tornando-se explícito “o interesse do segurado em prevenir eventuais prejuízos, relativamente a determinados riscos que podem concretizar-se no futuro” (Biazi; Cahali, 2019).

Consoante o artigo 757, parágrafo único, do Código Civil (Brasil, 2002), a atividade securitária não pode ser exercida por qualquer um, faz-se necessário o preenchimento de requisitos financeiros e técnicos e o poder público deve autorizar seu funcionamento (Andrade, 2015).

Em que pese manter os padrões presentes do Código de Bevilacqua no diploma civil de 2002, aponta-se a necessidade da guarda dos princípios gerais informativos da ordem contratual, por exemplo boa-fé, de acordo com o que preceitua o art. 765: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto [...]” (Brasil, 2002).

O princípio que fundamenta o contrato de seguro é o princípio da boa-fé, reivindicado, de forma expressa, pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, ele é o pressuposto para a realização do negócio e na sua falta “acarreta a nulidade ou anulação do contrato. O princípio da boa-fé é traduzido em duas naturezas diferentes uma da outra, quais sejam: a subjetiva e a objetiva” (Noronha, 1994).

Destaca-se a importância de diferenciar os conceitos da subdivisão da boa-fé, nos termos que seguem: “ambas jurídicas, uma subjetiva, a outra objetiva”. A primeira faz menção a informações internas, fundamentalmente psicológicas, diretamente aos contraentes; a segunda diz respeito a dados externos: “normas de conduta” que designam como se deve agir numa determinada contratação. Uma expressa a “boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio”. Portanto, o principal campo de atuação da boa-fé objetiva são os contratos (Argendler, 2017).

Para além da necessária segurança às pessoas que sofrem o etarismo, compete lembrar da proteção dos idosos na condição de consumidor como os “mais

vulneráveis do que qualquer outro consumidor, no mercado de consumo”, citado pelo art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual prevê a hiper vulnerabilidade como instrumento protetivo do idoso (Brasil, 1990). O CDC dispõe a propósito:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (Brasil, 1990).

Ressalta-se que ainda não existe legislação específica com o fulcro de inibir o etarismo, todavia pode-se fazer uso de legislação referente ao idoso por equiparação.

Além dos elementos discurridos acima, no seguro de pessoas, os interesses seguráveis são a vida, a saúde, a integridade ou quaisquer outras circunstâncias que possam afetar o segurado ou terceiro em que tenha interesse. Elemento necessário a todo contrato de seguro é o risco, assim definido como a possibilidade de ocorrência de um evento prejudicial ao segurado ou a seus beneficiários. É ele o pressuposto fundamental do seguro, sem o qual o contrato não tem validade (Nunes, 2009).

Por intermédio do contrato de seguro, o segurador tem o dever de assumir os resultados economicamente adversos “da conversão em sinistro de determinado risco a que o segurado está exposto. O risco não é propriamente transferido do segurado ao segurador, tampouco eliminado”. Entretanto, em um dado momento” ambos os fenômenos, transferência e eliminação de risco”, sucedem simultaneamente (Franco, 2012).

“O risco garantido no seguro de vida é a morte ou a sobrevida”. No seguro de vida, em caso de morte, inicialmente, “a incerteza é relativa”, haja vista que se tem conhecimento de que a morte baterá à porta do segurado, mas não se sabe quando. “Já no seguro de vida temporário (v.g, para viagem), a incerteza é absoluta”, em que pese que não se saber “nem se vai morrer” e muito menos quando. “Assim também para o seguro de sobrevida. Quando o interesse do segurado se destina a proteger a vida de terceiro, “a demonstração do interesse na preservação da vida deste é impositiva” (Andrade, 2015).

Os segurados veem a transferência dos riscos para a seguradora como fonte de obtenção do pagamento da indenização mediante a ocorrência do sinistro. Em suma, além da segurança, os segurados buscam o conforto do aumento do poder financeiro caso ocorra sinistro contra o qual se buscou proteção (Ribeiro, 2006).

Entretanto, as seguradoras vêm apresentando obstáculos para o cumprimento de seus deveres financeiros com seus segurados, aumentando os valores dos prêmios de forma abusiva bem como criando empecilhos para renovação automática dos contratos de seguros de vida com duração de mais de 10 anos em razão da idade, objeto de discussão tanto no Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei 2002/19,

e no Judiciário através das decisões do Superior Tribunal de Justiça em favor dos segurados.

4 SEGUROS DE VIDA E ETARISMO NOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

No Brasil, o setor de seguros apresenta um relevante crescimento no setor econômico, haja vista a existência de uma demanda crescente por proteção. Entre 2018 e 2020, “o mercado brasileiro de seguros atingiu um aumento real de 69% nos prêmios ganhos, o que representa um crescimento médio em torno de 3% ao ano, passando de 1,5% para quase 4% do PIB (IBGE, 2023)”. Essa informação demonstra que a atividade seguradora objetiva fazer caridade, é realmente um negócio lucrativo que busca proteger e incentivar o desenvolvimento social com objetivo de obter lucro (Mendonça, 2010).

Nas sociedades industrializadas, o foco exagerado em metas e resultados, muitas vezes inatingíveis, podem prejudicar a qualidade de vida do indivíduo e sua saúde mental. Compromete não somente jovens, mas os idosos ainda economicamente ativos, porque o mercado os discrimina por objetivos numa sociedade do desempenho desigual em todos os sentidos (Han, 2022).

Atualmente, por meio do Projeto de Lei 2002/19, de autoria do Deputado Doutor Luizinho (PR-RJ), pretende-se evitar que os idosos sejam surpreendidos com comunicação inesperada por parte das seguradoras, demonstrando inexistência de interesse “na renovação do seguro ou, na falta de impedimento formal” e elevam bastante os valores dos prêmios a serem pagos pelos segurados.

O Projeto de Lei 2002/19, aprovado na Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa idosa da Câmara dos Deputados, dispõe sobre medidas a serem incluídas no Estatuto do Idoso (Brasil. Lei 10.741, 2013) e no Código de Defesa do Consumidor (Brasil. Lei 8.078, 1990) para evitar discriminação com idosos nos seguros de vida e proíbe reajustes abusivos. Conforme o deputado Dr. Luiz Antonio Teixeira Jr. (PP-RJ), relator da proposta:

Cada vez mais idosos têm sido surpreendidos com a súbita comunicação das seguradoras de que não há mais interesse na renovação do seguro ou, quando a renovação não é impedida formalmente, os valores de prêmios são muito elevados.

A proposta visa impedir atos discriminatórios contra idosos na contratação de seguros de vida onde há cobrança “de valores diferenciados em razão da idade”, já garantido por lei nos casos de planos de saúde. Além do exposto, o projeto aprovado estabelece que:

serão nulas as cláusulas contratuais de seguros de vida de consumidores com mais de 60 anos de idade que sejam contratantes do mesmo seguro há mais de dez anos que permitam a rescisão unilateral dos contratos por desistência ou conveniência do segurador estabelecerem forma diferenciada de estipulação de prêmio em razão da condição de idoso, permitam, na renovação, o reajuste do prêmio em percentual superior ao da variação anual do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M).

Veta também “cobrança de valores diferenciados em seguros de vida em razão da idade”.

Na doutrina, tem-se os contratos de seguros configurados como espécies de relação de consumo, fundamentada na diretriz de função social do contrato pautados no art. 421 do presente Código civil, asseverando não ser possível a rescisão do contrato de vida por parte da seguradora. Em suma, com a noção dessas premissas destacadas, haverá nessa hipótese o caso de delimitação da autonomia à seguradora que, segundo a mínima cautela e zelo, deve expor justificativas apresentadas à parte contrária da pretensão de extinção do contrato. Caso essa hipótese ocorra de forma contrária, caracteriza-se abuso de direito dentro da relação contratual (Pascoalotto, 2020).

Na contramão do intuito do projeto legislativo apontado, o Superior Tribunal de Justiça vem construindo decisões diversas. Cumpre pontuar que a orientação jurisprudencial que hoje se pode destacar está presente no precedente, da Terceira Turma do STJ - REsp 1816750 (2017/0315437-8 - 07/05/2019), de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no qual a Min. Nancy Andrighi votou de forma diversa dos demais Ministros.

O posicionamento da Terceira Turma do STJ no REsp 1816750 (2017/0315437-8 - 07/05/2019) provocou a revisão de sua jurisprudência. O relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto, acompanhado do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, expressou seu entendimento com os seguintes destaques: a cláusula de reajuste do prêmio por faixa etária em contrato de seguro de vida em grupo é válida, a prescrição da pretensão de restabelecimento da apólice é anual, salvo a hipótese de o contrato ter previsão contrária, e foi permitida a aplicação, por analogia, da regra do art. 15 da Lei 9.656/1998 aos contratos de seguro de vida.

Cabe deixar claro que, embora a Terceira turma do STJ no REsp 1816750 (2017/0315437-8 - 07/05/2019) tenha considerado os pontos acima, o entendimento dos julgados no Superior Tribunal de Justiça (STJ) está variando em conformidade com “as peculiaridades do caso concreto”, assim sendo no que tange “à forma de contratação (se individual ou se coletiva) e à duração do contrato”, esse respeitável órgão lançará mão de julgamento específico.

Todavia outros fatores podem ser determinantes tais como elencados a seguir: notificação efetiva e prévia da parte contrária com a respectiva comprovação do desequilíbrio financeiro-atuarial e “a forma e a longevidade da contratação” (Andrade, 2015).

Subjaz dizer que, diante do REsp 1816750 (2017/0315437-8 - 07/05/2019), da Terceira turma do STJ, que a relativa proteção do idoso se relaciona às pessoas a partir de 60 anos, com celebração de contrato de seguro de vida com duração mínima de 10 anos. Portanto, restam prejudicadas as referidas pessoas com idade entre 40 e 59 anos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que objetiva a garantia das necessidades vitais para que cada indivíduo tenha vida digna, respeitando-se as suas necessidades básicas (Brasil, 1988).

Ainda no REsp Nº 1.816.750 - SP (2017/0315437-8), a Min. Nancy diverge da relatoria destacando que assistência social e previdência social são consideradas insuficientes às condições mínimas de cada segurado provocando que este busque outras maneiras de complementação financeira e “proteção patrimonial”.

A Douta Ministra continua divergindo da posição da relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, indicando que o “plus”, o seguro de vida, não resguarda os consumidores em face dos aborrecimentos e insuficiência causados pelo “sistema previdenciário brasileiro”. Note-se ainda que na atualidade, são calorosas as discussões direcionadas a esse tema no Congresso Nacional e a insatisfação dos pensionistas se avoluma cada vez mais.

Frise-se ainda que não se pode supor que a revisão da cláusula contratual impeditiva do reajuste por faixa etária dos idosos abala consideravelmente “o equilíbrio financeiro do contrato de seguro de vida”, haja vista que, ao calcular o valor do prêmio deve haver previsão também dos riscos e dos desvios da sinistralidade dessa categoria, “com a sua diluição entre todos”. Somente assim haveria verdadeiramente a proteção contrária às práticas abusivas de exclusão destinadas aos consumidores maiores de 60 anos contra práticas abusivas de exclusão baseada no seu envelhecimento (Min. Nancy Andrigli, 2019).

Desta feita, pode-se asseverar que, ao interpretar os princípios constitucionais, assim como os direitos fundamentais deve-se realizar em concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não o acolher acarreta a negação da própria Constituição.

Para que haja preservação desta é imprescindível observar de maneira irrestrita e com total abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que este é pressuposto de todo “arcabouço jurídico”. Desta forma, conclui-se que este princípio é a verdadeira base e “força normativa da constituição”, cujo fundamento compromete-se com a justiça (Alves, 2001).

Sendo assim, o entendimento de que o etarismo, discriminação silenciosa e universal, sobressai quando elencado pelo Judiciário o rol de pessoas retro citadas, pois, enquanto não atingirem a idade de 60 anos e não tiverem contribuição de, no mínimo, 10 anos em um contrato de seguro de vida, permanecerá mais de um tipo de distinção no tratamento aos mesmos, recaindo aspectos socialmente inaceitáveis, acentuando-se a fragilidade em um dado momento da vida onde há mais propensão a riscos (Min. Nancy Andrichi, 2019).

5 CONCLUSÃO

O presente artigo aborda uma problemática que tem sido considerada tanto no Poder Legislativo quanto no Judiciário, embora com disposições razoavelmente diferentes e não complementares. O mercado segurador é palavra de ordem na economia brasileira atual que varia entre o aperfeiçoamento dos produtos que já existem até a criação de novos instrumentos de proteção.

Portanto, constata-se que a indústria de seguros vem percorrendo por mudanças profundas e em crescimento ascendente de tal forma que atinge um percentual razoável do PIB, conforme atestado no trabalho. Desta feita, torna-se muito difícil analisar o seguro de vida como um instrumento contratual que busca equilíbrio. Com efeito, o seguro de vida, diferentemente do que sugere sua denominação, não busca proteger a vida do segurado e sim, seu patrimônio indenizando a família em caso de morte.

Comentou-se também que a insegurança jurídica permeia os contratos de seguro de vida esvaziando-se de todo o conteúdo do Código civil de 1916, da Constituição de 1988 e o Código de defesa do Consumidor, o que traz bastante prejuízo aos hiper vulneráveis e muito menos visa proteger o equilíbrio contratual quando autorizam reajustes por faixa etária, admitindo distrato unilateral.

Enquanto o Projeto de Lei 2002/19 tem o intento de proteção dos idosos, buscando alterar o Estatuto do idoso e não avança no Congresso, o Judiciário desenha uma jurisprudência beneficiando seguradoras. Embora a indústria do risco ainda seja muito lucrativa desmotiva segurados antigos e novos a firmarem contratos de seguro de vida. Além disso, não enxergar a discriminação com o idoso e dos consumidores com idade entre 40 e 59 anos como sendo uma afronta ao princípio da dignidade humana, fragilizando financeiramente ainda mais essa faixa etária.

Em uma democracia, todos os esforços deverão estabelecer um diálogo inclusivo e plúrimo, sendo realmente acolhedor das diferentes formas de contratação de seguros de vida, haja vista que se o sistema previdenciário brasileiro fosse suficiente para arcar com as despesas necessárias do cidadão brasileiro, não haveria a necessidade de contratação

Foram atestadas exatamente estatísticas divergentes onde a busca pela proteção do risco se tornou uma das atividades mais lucrativas na economia mundial, excluindo não somente os contribuintes originários e mantenedores dessa contratação, a depender do tempo de contribuição.

Bem, por outro lado, prevalecendo o movimento contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a implementação de esforços ainda maiores para proteger os cidadãos/consumidores com idade entre 40 e 59 anos os quais, nem de longe, são mencionados nos julgados analisados, impedindo-os de vivenciar democraticamente seus direitos e percebendo a fragilidade de sua existência e manutenção de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento do contrato de seguro no direito civil brasileiro atual. **Revista de Derecho Privado**, n. 28, p. 203-236, enero/junio 2015.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução de Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: O enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARGENDLER, M. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 796-826, set. 2017.

BIAZI, Danielle Portugal; CAHALI, Francisco José. **Previdência privada**: A boa-fé objetiva e a função social como filtro nos contratos relacionais. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2020.

BISPO, M. DE S. Reflecting on contemporary administration. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 26, n. 1, p. e210203, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1 outubro de 2003**. Estatuto do idoso. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 2002, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8078 1990, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2002, 2019**. Altera o Estatuto do Idoso. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196691>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Etarismo-preconceito e violação dos direitos humanos e deve ser combatido**. Disponível em: <https://www.trt21.jus.br/noticias/noticia/etarismo-preconceito-e-violacao-dos-direitos-humanos-e-deve-ser-combatido>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1816750 / SP (2017/0315437-8)**. 3ª turma. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1769111 / RS (2018/0091604-5)**. 4ª turma. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 2018.

ETARISMO é o mais frequente e universal dos preconceitos. **Jornal USP**, São Paulo, 16 mar. 2023. Disponível em: jornal.usp.br <https://encr.pw/Bi42M>. Acesso em: 09 out. 2023.

FREITAS, Maria Célia de; QUEIROZ, Terezinha Almeida; SOUSA, Jacy Aurélia Vieira de. O significado da velhice e da experiência de envelhecer para os idosos. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 44, p. 407-412, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/pVX7LsgkVwcD9p8gkLkdhbT/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 06 nov. 2023.

GOLDANI, Ana Maria. Desafios do “preconceito etário” no Brasil. **Educação & Sociedade**, v. 31, n. 111, p. 411-434, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302010000200007>. Acesso em: 10 out. 2023.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade o cansaço**. Tradução de Ênio Paulo Giacini. 2. ed. ampl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/2044-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios. Acesso em: 08 nov. 2023.

LELLIS, Lelio Maximino. Por uma atuação eficaz do Estado contra o etarismo laboral. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 39-63, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p39. Acesso em: 09 out. 2023.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**:

autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo, Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Juliana Almeida de. **O contrato de seguro de vida em grupo e sua análise frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. TCC de Especialização em Direito Contratual. Faculdade Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. **Relatório mundial sobre idadismo**. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240016866>. Acesso em: 14 out. 2023.

PASQUALOTTO, Adalberto. O contrato de seguro de vida não renovado por decisão unilateral da seguradora: reflexões em torno do direito dos segurados à renovação. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 128, p.333 e ss, mar./abr. 2020.

MENDONÇA, Antonio Penteado. **Temas de seguro**. São Paulo: Roncarati, 2010.

PEREIRA, Marie Françoise Marguerite Winandy Martins *et al.* **Um estudo sobre o etarismo nas organizações**. 2014. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23452>. Acesso em: 06 nov. 2023.

PLONER, K.S. et al. **O significado de envelhecer para homens e mulheres**. SILVEIRA, AF. *et al.* (org.). **Cidadania e participação social [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 142-158. ISBN: 978-85-99662-88-5. Available from SciELO Books. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 30 out. 2023.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos** - Direito civil e empresarial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Direito de seguros. **Resseguros, seguros, direito e redistribuição de serviços**. São Paulo: Atlas, 2006.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 183.

IGUALDADE RACIAL: PARA ALÉM DO DISCURSO DA TOLERÂNCIA

IGUALDAD RACIAL: MÁS ALLÁ DEL DISCURSO DE LA TOLERANCIA

Enara de Oliveira Olimpio Ramos Pinto¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

RESUMO

O sentido de tolerância pode apresentar bases ideológicas distintas, que irão influenciar a menor ou a maior densificação de direitos e garantias fundamentais, entre eles, a igualdade racial. No contexto da modernidade, a exaltação das liberdades individuais e de escolha, bem como da igualdade formal perante a lei, acaba por sustentar políticas sociais, em sua maioria, universalistas, levando em consideração o indivíduo abstratamente, independentemente de origem, de raça, de gênero. O presente artigo questiona em que medida a concepção de tolerância, como retórica da modernidade, anuncia efetivamente um pensamento de rompimento com relação a formas tradicionais da linguagem etnocêntrica. Pautado no método científico de abordagem dialético, realizou-se pesquisa bibliográfica que busca expor contradições e realizar uma crítica no que toca à insuficiência da definição liberal de tolerância para fins da efetivação plena do direito à igualdade racial. Para tanto, **são** analisados conceitos de *tolerância* e a *alteridade* é compreendida à luz do pensamento de Emanuel Lévinas. Aponta para a necessidade de mudanças efetivas na compreensão de tolerância, cujo fundamento de justificação repouse no *reconhecimento*, que envolve o encontro entre “o eu e o outro”, aceitando-se o “outro” como o “outro”, em sua abertura infinita. Defende que o racismo deve ser enquadrado no campo do intolerável, impondo-se o acolhimento de reivindicações particularistas de minorias historicamente discriminadas, inclusive por meio de ações afirmativas, com fundamento na responsabilidade/solidariedade com “outro”, como sujeito de direitos, verdadeira ética da alteridade, como virtude moral e prática política.

Palavras-chave: tolerância; igualdade racial; alteridade.

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Juíza Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. *E-mail:* crpneto@terra.com.br.

² Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais - Qualis A1. Coordenadora do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Presidenta da Sociedade Brasileira de Bioética. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq. *E-mail:* elda.cab@gmail.com.

RESUMEN

El sentido de tolerancia puede tener diferentes bases ideológicas, lo que influirá en la menor o mayor densificación de los derechos y garantías fundamentales, incluida la igualdad racial. En el contexto de la modernidad, la exaltación de las libertades y la elección individuales, así como la igualdad formal ante la ley, termina apoyando políticas sociales mayoritariamente universalistas, que toman en cuenta al individuo de manera abstracta, independientemente de su origen, raza, género. Este artículo cuestiona hasta qué punto la concepción de tolerancia, como retórica de la modernidad, anuncia efectivamente un pensamiento de ruptura en relación con las formas tradicionales de lenguaje etnocéntrico. Basado en el método científico de enfoque dialéctico, se realizó una investigación bibliográfica buscando exponer contradicciones y criticar la insuficiencia de la definición liberal de tolerancia para los propósitos de realizar plenamente el derecho a la igualdad racial. Para ello, se analizan conceptos de tolerancia y se entiende la alteridad a la luz del pensamiento de Emanuel Lévinas. Señala la necesidad de cambios efectivos en la comprensión de la tolerancia, cuya base de justificación descansa en el reconocimiento, que implica el encuentro entre “yo y el otro”, aceptando al “otro” como “otro”, en su infinita apertura. Sostiene que el racismo debe ser clasificado en el campo de lo intolerable, imponiendo la aceptación de demandas particularistas de minorías históricamente discriminadas, incluso a través de acciones afirmativas, basadas en la responsabilidad/solidaridad con los “otros”, como sujetos de derechos, verdadera ética de la alteridad, como virtud moral y práctica política.

Palabras clave: tolerancia; igualdad racial; alteridad.

1 INTRODUÇÃO

O sentido de tolerância tem sido reconhecido como de extrema relevância no cenário de pluralismo social e jurídico mundial, revelando-se verdadeiro paradigma ligado à efetivação dos direitos humanos em sociedades democráticas, entre os quais se destaca a igualdade racial. Encontra-se expressamente previsto em declarações e normativos internacionais, com destaque para a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 28ª reunião, Paris, 16 de novembro de 1995, e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmada pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013 e ratificada pelo Decreto no. 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

Destaca-se, da referida Declaração de Princípios sobre a Tolerância, a compreensão, ao menos em nível formal, da tolerância não apenas como respeito, mas também apreço pela diversidade de culturas em nosso mundo, um dever ético e político, a sustentar os direitos humanos, contribuindo para uma cultura de paz.

Em nossa Constituição, tal princípio se expressa a partir de vários artigos, entre eles, o art. 1º, inciso III, que afirma como fundamento de nossa República a dignidade

da pessoa humana, como também o art. 3º, inciso IV, que dispõe, entre seus objetivos, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, faz-se presente no princípio da igualdade, da livre manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença, da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, no seio de outros direitos ou garantias os quais, mesmo no campo da possibilidade do dissenso, impõem o respeito, a estima ética ou, no mínimo, a não interferência seja do Estado ou de particulares, em relação a crenças e a visões de mundo distintas.

Muitos pensadores, historicamente, têm se debruçado sobre o tema, que é objeto de indeterminação conceitual, embora seja assente sua importância para a manutenção do convívio social pacífico, sem violência.

Para uns, a compreensão da tolerância se encontra na esfera teórico-moral; para outros, na esfera de decisão política deliberativa da própria comunidade. Não obstante, acredita-se que, independentemente de ser uma virtude individual ou uma prática política, a se tornar um dever do Estado e das instituições públicas, deve ter como pressuposto de fundamentação, antes da própria liberdade de escolha dos indivíduos, uma solidariedade pautada pela ética de alteridade, a guiar não somente a vontade individual, como também a racionalidade da justificação pública acerca de seus eventuais limites.

É certo que as diferenças conceituais se ligam fortemente a bases ideológicas distintas em que se fundam as compreensões, fato que influencia a menor ou a maior densificação dos direitos e garantias fundamentais aos quais se vincula. A democracia liberal, por exemplo, enseja, não raro, um paradoxo entre a proteção formal de direitos e a cegueira em relação a diversidades.

Expressões como “viva e deixe viver”, “a liberdade de um acaba quando começa a liberdade do outro”, bases do pensamento liberal, podem justificar atitudes de indiferença moral e até de posição passiva do Estado, como um verdadeiro salvo-conduto para a manutenção de desigualdades sociais e econômicas. Nesse passo, na busca de uma maior concretização de direitos fundamentais, hão de ser perquiridas as razões que legitimam a tolerância, pois se vive numa sociedade multicultural e a visão tradicional da tolerância liberal, oriunda da Modernidade, por meio da exaltação do individualismo e da aparente neutralidade estatal, em vez de acolher as diversidades, torna-se um meio de estratificar diferenças, promovendo exclusão, opressão e apenas proteção formal de direitos.

Apesar de o presente estudo se voltar mais especificamente ao contexto da efetivação do princípio da igualdade racial, que se entende que tem foro constitucional, especialmente nos artigos 3º, inciso IV (promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), o art. 4º., inciso VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo), art. 5º., *caput* (igualdade perante a

lei, sem distinção de qualquer natureza) e o art. 215, § 1º (proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional), também se coloca oportuno diante de várias crises humanitárias em que se vive hoje, como as ligadas aos sem-terra, aos sem-teto, às pessoas em situação de rua, aos refugiados, às guerras em curso no mundo, com destaque para o recente conflito iniciado com graves violações a direitos humanos, na Faixa de Gaza, em Israel.

Assim, em sociedades que se dizem democráticas, é momento de se ressignificar o sentido prevalente da tolerância e de se discutir a ética, o comportamento humano, o modo de ser dos homens como seres sociais, suas ações, e de refletir sobre seus limites no trato com o outro ser humano. Momento de se buscar uma ética que se pautar no reconhecimento das diferenças, diferenças essas que, para sua sobrevivência, demandam tolerância entre indivíduos e grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades singulares, sem imposição, sem assimilação ou aniquilamento de uma determinada visão de mundo.

2 CONCEPÇÕES DE TOLERÂNCIA

No decorrer da história, a ideia de tolerância esteve sempre muito ligada à possibilidade de coexistência pacífica entre fés diferentes, especialmente a partir do discurso cristão primitivo, ainda que sob distintas formas de justificação. O desenvolvimento das concepções modernas sobre tolerância foi impulsionado de modo decisivo por Jean Bodin, especialmente em seu livro “O Colóquio dos Sete” (1593), em que reconhece que as diferenças religiosas não podem ser superadas apenas por meio da razão. Assim, a pluralidade religiosa se mostra uma condição da humanidade historicamente situada, impassível de superação por uma única fé (Forst, 2023, p. 4-5).

Três obras marcaram a construção histórica do conceito de tolerância na modernidade: “Carta sobre a tolerância”, de John Locke, no século XVII; “Tratado sobre a tolerância”, de Voltaire, século XVIII; e “Sobre a Liberdade”, de Stuart Mill, no século XIX, as quais se pautaram na neutralidade do Estado frente ao pluralismo religioso, como regra de razoabilidade, de modo que o método de escolha livre só poderia se manter se cada um respeitasse a liberdade do outro reciprocamente.

O contexto em que foram escritas fundava-se no “espírito liberal europeu”, ligado à ascensão da atividade econômica da burguesia e ao ideário humanista do Iluminismo. Vale dizer que o humanismo expressava a interiorização e a individualização da atividade religiosa, especialmente na interpretação das Sagradas Escrituras, enquanto a nova doutrina, oriunda da Reforma Protestante, não considerava as atividades do comércio como pecado (Cardoso, 2003, p. 21-30).

Destaca-se que, no século XVIII, a concepção de um Estado secular se desenvolveu, mas ainda havia a defesa da tolerância com foco na estabilidade política e na coexistência religiosa. Tal cenário começa a mudar com John Stuart Mill, em “Sobre a Liberdade” (1895), que marca a transição para a ideia moderna de tolerância, não se restringindo mais ao tema de diferenças e de harmonia religiosas, ou seja, na sociedade moderna, há de se lidar também com outras formas de pluralidades irreconciliáveis, seja no âmbito cultural, social ou político (Forst, 2023, p. 6).

Michael Walzer (1999, p. 16-17), em sua obra “Da tolerância”, também afirma que a tolerância tem origens na tolerância religiosa, nos séculos XVI e XVII, para a preservação da paz, mas que, nesse contexto, desenvolveu-se praticamente por pura exaustão (resignação) em relação às matanças que a intolerância redundou na história. Não obstante, identifica uma continuação/*continuum* em atitudes de “aceitações mais substantivas” das diferenças, seja numa vertente de indiferença à diferença, seja baseada no princípio de que “outros” têm direitos (aceitação estoica), ou na expressão de abertura para com os outros, uma ideia de respeito, seja, por fim, num endosso entusiástico à diferença, que, para o autor, até extrapola o conceito de tolerância.

Quanto a essa crítica, no sentido de que o endosso à diferença não se enquadraria no âmbito da tolerância, Forst (2023, p. 1-2) ensina que as crenças e as práticas toleradas devem ser, por um lado, no mínimo, objetáveis. Mas, por outro lado, não devem ser objetáveis ao ponto de não poderem ser aceitas (componente de aceitação), o que gera o próprio *paradoxo da tolerância*, razão pela qual o cerne da questão da tolerância se volta à análise dos limites da tolerância, dimensão denominada pelo autor de *componente de rejeição*. Assim, diferentemente do que pensa Walzer (1999), o endosso da diferença pode se colocar, sim, no campo da tolerância, pois aceitar e até endossar o diferente, sua visão de mundo, não significa concordância com esta visão, mas não ser indiferente a ela em seu aspecto substancial, quanto ao seu direito de existir.

Ademais, Walzer (1999), numa análise mais voltada à Europa, à América do Norte e ao Oriente Médio, acredita que as concepções de tolerância estão ligadas aos modos de organização política do Estado, o que daria origem a cinco possibilidades de regimes, arranjos políticos que nos permitem conviver com a diferença: *dos impérios multinacionais*, da *sociedade internacional*, das *Consociações*, dos *Estados nacionais* e, por fim, das *sociedades imigrantes*, classificação interessante que pode nos levar a refletir sobre os níveis substantivos que a tolerância pode tomar, auxiliando-nos quanto à aferição da tolerância na atualidade.

Nos *impérios multinacionais*, os grupos conviviam sem escolha, os burocratas os toleravam, desde que pagassem seus tributos, admitindo-se a autonomia das comunidades conquistadas, mas de forma autocrática e nunca liberal, praticamente uma versão imperial do multiculturalismo (Walzer, 1999, p. 21-44).

Sendo a tolerância uma característica essencial da soberania, a *sociedade internacional* se mostra muito tolerante e o “viva e deixe viver” uma prática, até porque a intolerância exige alto custo, formação de exércitos, violação de fronteiras, matar ou morrer, impondo-se aos diplomatas e aos estadistas, por vezes, acomodar práticas que, em âmbito interno, seriam consideradas intoleráveis (Walzer, 1999, p. 21-44).

Nas *consociações*, estados bi ou tri-nacionais, coexistem em cooperação direta e há uma igualdade aproximada, mas a tolerância mútua depende da confiança. Na prática, o *Estado-nação* torna-se, então, o regime de tolerância mais provável, pois um grupo predominante molda a vida pública, tolerando as minorias, não se revelando o Estado neutro, incorrendo uma pressão de assimilação, conquanto a tolerância nesses Estados não se mova em uma única direção (Walzer, 1999, p. 21-44).

Por fim, nas sociedades imigrantes, o Estado-nação não se compromete com nenhum dos grupos que o compõem, como se não houvesse uma identidade nacional, mas apenas política (Walzer, 1999, p. 21-44).

Pelas definições trazidas por Walzer (1999), preponderam, em relação à tolerância, as características da indiferença, da aceitação estóica, no máximo, do respeito mútuo, não se chegando, em qualquer desses regimes, a um modelo de endosso efetivo das diferenças, ou seja, especialmente nos Estados de predominância liberal, a prioridade são os indivíduos e não os grupos, como se não houvesse uma identidade nacional, mas apenas política. O autor exemplifica os Estados Unidos como um modelo de sociedade imigrante.

Vê-se, deste modo, que a forma de concepção política do Estado leva a um menor ou maior grau de aceitação de diferenças. No modelo Estado-nação, percebe-se a facilidade com que o domínio da maioria pode levar à exclusão de grupos invisibilizados, pois, no máximo, aceita-se a autonomia no espaço privado, não se abrindo espaço na vida pública.

O Brasil, pela classificação em questão, se insere no regime de Estado-Nação, a par da sociedade imigrante de predominância ideológica liberal, a vontade da maioria gera, muitas vezes, exclusão de grupos minoritários, com pressão de assimilação, apesar da presença do pluralismo e da aparente neutralidade estatal e do acesso formal de todos no espaço público.

Assim, tem-se que, embora sem um conceito unívoco, de modo geral, o termo tolerância tem sido utilizado por teorias políticas e sociais para designar uma espécie de virtude moral ou prática política necessária ao convívio social pacífico, exigência de nossa sociedade plural e dos regimes democráticos. Vista como prática política a ser levada a efeitos pelos próprios cidadãos por meio de procedimentos de deliberação pública, põe em xeque o nível de participação de camadas invisibilizadas da população.

Não só na modernidade, com o império da razão instrumental, como também na pós-modernidade, em tempos de globalização e de muitas incertezas, apesar de

a tolerância encontrar-se fundada na liberdade e na individualidade, mais do que na criação de mecanismos que estatuem a diversidade, prepondera a homogeneização da opinião, aproximando-se do que Forst (2023, p.2) definiu como concepção de *tolerância como permissão*, fato que pode ser constatado especialmente no contexto latino-americano, em que tal ideia justificou o comportamento do conquistador e do colonizador europeu diante dos povos nativos das terras descobertas.

A cultura europeia ocidental se arvorou como única racionalidade possível e a tolerância nunca expressou o reconhecimento da alteridade. Na verdade, dos vários sentidos de tolerância na modernidade, ressalta-se a predominância da identidade sobre a diversidade, marcando a relação de superioridade e inferioridade entre culturas (Cardoso, 2003, p. 131-133).

Na verdade, a democracia contemporânea encontra-se em contradição, pois a neutralidade estatal, com seus pilares de liberdade, de individualidade e de autonomia, tão caros para a tolerância liberal, não passa de um ideal, visto que sua pretensão universalizante nada mais faz que impor exclusões a grupos minoritários e subalternizados.

Esse modelo se serve de uma lógica binária em que o “outro” simplesmente reflete e representa aquilo que é profundamente familiar ao centro, porém projetado para fora de si mesmo. Esse “outro” é necessário para justificar o que somos, nossas leis, as instituições, as regras, a ética, a moral e a estética de nossos discursos e nossas práticas, um “outro” que funciona como depositário de todos os males, como portador das falhas sociais (Duschatzky; Skliar, 2000, p. 166).

Desta feita, apesar de, numa visão ético-liberal, a tolerância significar o respeito à autonomia dos indivíduos para escolher uma concepção de bem individual, para buscar uma vida boa, essa visão pode se mostrar intolerante para com modos de vida não liberais, ainda que sob pretensa argumentação discursiva de justificação razoável de rejeição, pois não há garantias da imparcialidade da justificação (Forst, 2023, p. 7).

Além disso, como visto, a tolerância, em sua vertente liberal, não demanda o efetivo reconhecimento de grupos minoritários, que podem se ver excluídos dos âmbitos de deliberação, e um dos aspectos mais importantes ligado à ideia de tolerância é *quem* define o tolerável e o intolerável. Tal enfrentamento é imprescindível ao debate, já que a noção de tolerância se encontra dependente do conceito de democracia, que também se apresenta em seus aspectos formal e substancial.

Nesse cenário, há a necessidade de se ressignificar, neste trabalho, o sentido da tolerância, refundando-a em bases éticas de alteridade radical. Tal ressignificação foi inspirada na filosofia da responsabilidade pelo outro, de Emanuel Lévinas, como acolhimento, obra profundamente tocada pelos sofrimentos humanos, especialmente oriundos do pós-guerra na Europa do Século XX e de seus regimes totalitários.

Para Lévinas, pela óptica da razão da modernidade, a subjetividade do “Eu” tem preponderado e gerado violência, na medida em que o ato de conhecer passou a ser o ato de dominar e, desta feita, o de excluir (Gomes, 2009, p. 44). Na linha do referido filósofo, então, a tolerância deve se voltar à ação em que o sujeito reconhece o “outro” não só como uma pessoa portadora de crenças e de direitos, mas como sujeito do ponto de vista ético, em sua irredutibilidade, em seu infinito, em crítica à ideia do ser totalizado, como ideia, conceito, isolado. Essa visão de tolerância externa revela, ainda, em sua faceta positiva, o compromisso político que possibilita que direitos concedidos sejam efetivamente exercidos, mediante políticas públicas diferenciadas, que venham a satisfazer as necessidades relevantes de comunidades minoritárias.

Pode-se dizer, portanto, que a experiência da intolerância, na atualidade, nada mais é do que a experiência da ausência de reconhecimento e tolerar significa muito mais do que o mero exercício de liberdades negativas ou o simples “deixar estar” do outro, numa posição abstrata de indiferença. É possibilitar que direitos concedidos sejam efetivamente exercidos, mediante políticas públicas diferenciadas, que venham a satisfazer as necessidades relevantes de comunidades minoritárias (Gondim, 2011, p. 19-20).

Ressalte-se que, nesse processo de reconhecimento e de busca pela ética da alteridade, não se está a defender uma diversidade como representação de identidades estáveis, de uma retórica radical de separação de culturas totalizadas, a salvo de toda a intertextualidade. Há um mito da consistência cultural, como se os negros vivessem sua negritude do mesmo modo, como se as mulheres vivessem o gênero de igual forma. Não há nada irredutível que faça dos grupos só raças ou etnias, pois são os processos de comunalização que operam mediante padrões de ação, configurando os sentidos de pertinência dos sujeitos (Duschatzky; Skliar, 2000, p. 168-169).

Nesse ponto, apresenta-se uma crítica ao multiculturalismo conservador, que conspira contra o avanço de projetos comuns, pois, apesar de respeitar a identidade dos outros, enquadrando-nos como uma comunidade autêntica fechada, autorizando que continuem sendo esses “outros”, porém, em um espaço de legalidade, de oficialidade, de uma convivência sem remédio, tornando impossível o diálogo cultural enquanto cenário de disputa num sistema de totalidade articulada. Assim, defende-se um multiculturalismo crítico, pautado na igualdade material, na responsabilidade pela diversidade, sem ser o “outro” objeto de consciência abstrata, compreendendo-se a alteridade como aquilo que possibilita a experiência e a contextualização humana (Duschatzky; Skliar, 2000, p. 170-171).

3 TOLERÂNCIA E O OUTRO

Emmanuel Lévinas, filósofo lituano (1906-1995), desenvolve seu pensamento a partir do sentido ético das ações humanas, defendendo que as relações com o próxi-

mo devem ser baseadas em responsabilidade ética com o outro, pois os homens, via de regra, preocupam-se apenas com seu ser, de modo egoísta. É, portanto, necessário refletir sobre o sentido da alteridade, mostrando-se, a perspectiva teórica desse filósofo, muito apropriada para se pensar a questão social, particularmente das minorias invisibilizadas atualmente, pensamento que deve ser desenvolvido para além de uma racionalidade recíproca, mas voltado a uma responsabilidade solidária com o outro, originária de nossa própria condição de existência.

O filósofo apresenta, como categoria essencial e determinante de seu pensamento, o “outro”, que se revela não como um «outro» com o qual o «eu» estabelece uma identidade e, portanto, passa a dominar, mas como um “não-eu”, um diferente, que deve ser pelo “eu” preservado na sua diferença, dando lugar à responsabilidade ética radical.

Entende Lévinas que a Ontologia, figura central da filosofia ocidental, propicia uma relação de subordinação entre o “outro” e o “ser”, na qual o ente fica reduzido ao “mesmo/eu” (filosofia de poder). A concepção do pensamento da modernidade parte do “si” e encontra em “si mesmo” o seu fundamento, unificando o ser e o pensar, isto é, o “eu” se torna sujeito quando pensa (Lévinas *apud* Gomes, 2009, p. 44-46).

Dentro desse racionalismo, a subjetividade do “eu” ganha destaque e faz com que a busca pelo absoluto e pelo conhecimento do todo seja incessante, isto é, tudo se transforma em objeto de conhecimento do sujeito, que passa a estabelecer um sentido para todas as coisas, impedindo a alteridade, pois o outro se recusa ao totalitarismo do “eu” e da razão, que busca converter tudo em propriedade sua, aprisionando o “ser” com campo do conhecimento (que pode ser sintetizado na máxima socrática: “nada a receber senão o que de algum modo já está em mim”) (Gomes, 2009, p. 44-46).

Na modernidade, o conhecimento expressa uma relação de poder. Conhece-se algo a partir do controle do objeto visado, há um assenhoreamento da natureza, a partir da autoconsciência, do “eu”, da sempre identificação dos entes com o “mesmoleu”, ou seja, há a precedência da identidade sobre a diferença, pois reconduzimos o desconhecido ao conhecido pela identidade, rejeitando o que não controlamos (Gallina, 2013, p. 26-27).

Pode-se dizer que a fenomenologia iniciou um processo de reflexão sobre a “saída de si”, ao destacar a necessidade do retorno às “coisas em si mesmas”, questionando a relação tradicional sujeito e objeto, filosofia que influenciou Lévinas, a partir de Husserl e Heidegger, desenvolvendo, todavia, o filósofo lituano, uma ideia de responsabilidade para além do ser, uma responsabilidade pelo outro (Gallina, 2013, p. 26-27).

Em sua ética de alteridade, Lévinas se utiliza da metáfora do “rosto” para deixar de lado a ontologia tradicional. Como mencionado, reporta-se à fenomenologia, em

que o olhar surge como percepção e sentido, diz que o “outro” se apresenta como um “rosto” e essa aparição ou revelação do “rosto” exige respeito e acolhimento pelo “eu”, instaurando uma relação ética. O “eu”, finito e dominável, deve enxergar no outro o infinito, indo ao encontro da transcendência, da abertura, da não totalidade, do novo, do desconhecido, partir do desejo metafísico, que convoca o “eu” à responsabilidade, à experiência do outro, pela substituição, independentemente de reciprocidade (Gomes, 2009, p. 44-45).

Para se chegar a tal compreensão, é preciso procurar a experiência originária, que propicia o sentido do dado, deixando de lado a cegueira ingênua da limitação da objetividade ou mesmo de nossos horizontes psíquicos, é reconhecer a voz do encontro (Lévinas, 2014, p. 34).

Num mundo exposto à indiferença do homem pelo homem, o encontro do “rosto” destrói a crença de que cada um é um ser para si e, em nossa sociedade plural, esse “rosto” multiplica-se por “rostos” e “outros”, impondo-se a necessidade da regulamentação, por meio de leis e de políticas públicas, dessa responsabilidade entre os homens pela diferença, independentemente de ser pertencente a um grupo majoritário ou minoritário, mas simplesmente pela responsabilidade por esse “não-eu”, que nos faz “não-totais”, mas, sim, seres em busca de uma transcendência ética.

A linha humanista de Lévinas busca entender o sentido do humano, que o “eu” não é só ideia, essência (ontologia), mas também não é só definido por estruturas, pela história, pelo materialismo. A existência do homem se dá na relação com o outro, pois a fala do outro constitui o “eu”. O próprio pensamento humano se dá nesse encontro. Um encontro que não se funda na reciprocidade (relação Eu-Tu), mas na dissimetria que reivindica um sentido de responsabilidade ética nessa relação (diálogo da transcendência e não da imanência) (Lévinas, 2014).

A ideia de responsabilidade ética pelo “outro”, para o autor, expressa uma ética não em seu sentido clássico, deontológico, normativo, racionalista, porque o sujeito “sai de si”, rompendo-se com a ideia de uma subjetividade fechada, que se extingue com o pensamento, pois formada no encontro com o outro, em sua abertura, em sua alteridade irreduzível, não absorvida pelo sujeito, razão pela qual se revela uma subjetividade plural, sempre aberta ao novo, ao infinito. Disso advém seu caráter transcendente, uma vez que:

[...] o rosto do próximo como portador de uma ordem ao eu, diante do outro, uma responsabilidade gratuita – e inalienável, como se o eu fosse escolhido e único – e o outro homem é absolutamente outro, isto é, ainda incomparável e, assim, único (Lévinas, 2014, p. 28).

Assim, o sentido fundamental de nossa existência está no humano, desde o princípio, no fato de que o homem importa para o outro homem (Lévinas, 2014, p. 31),

pelo qual se é responsável, responsabilidade esta que precede a própria ideia de liberdade, de escolha, pois qualquer liberdade já se encontra imbuída dessa responsabilidade. A subjetividade responsiva é anterior à consciência, é passividade, abertura ao outro, responsabilidade ética pelo outro é o “EIS-ME.”

Nesta linha, conquanto haja críticas à sua filosofia, no sentido da impossibilidade de ser posta em prática, entende-se que o pressuposto ético fundador das relações humanas e a responsabilidade radical pelos outros podem ser equilibrados com ações políticas, ações sociais mais amplas, que encontrem também nessa mesma ética sua razão de ser e não no contrato, ainda que seja um pensador contrário ao “fechamento” doutrinário praticado pelas ideologias, especialmente as de cunho totalizantes, pois não coloca as instituições acima das necessidades humanas (Dias, 2016, p. 17-27).

Por essa concepção, o homem não é o lobo do próprio homem e a justiça baseia-se na fraternidade e não na liberdade absoluta do ser, cuja existência tem a marca de sua responsabilidade ética da alteridade radical pelo outro.

Qualquer política que negue o aspecto humano no seu desenvolver negará a própria utopia do humano em Lévinas, o qual rejeita:

[...] esse imperialismo (político, econômico e mesmo cultural) intrinsecamente forjado com estruturas racistas (latente até a atualidade, nas ilusões do refúgio da raça e do sangue). Por meio de ações e mesmo pela indiferença que acabam por anular ou mesmo exterminar existências, simplesmente devido à diferença que esta possa perturbar a subjetividade pessoal ou mesmo as construções sociais já estabelecidas (Dias, 2016, p. 32).

Neste sentido, tem-se que pensar, inclusive politicamente, o grupo, a classe, a raça, o gênero, mas também não anular as individualidades irreduzíveis em filosofias totalizantes, pois as subjetividades são pura abertura, sempre há algo que nos escapa, fundando-se a dignidade da pessoa humana não nos aspectos comuns aos homens, mas exatamente em sua unicidade, em sua incompreensão, em sua característica essencial daquilo que nos faz humanos.

Vê-se que, em Lévinas, não há tentativa de unidade, de verdade, de características de tradição helênica e, também, de modernidade, pois, no final das contas, o “discurso do vencedor”, imperialista, eurocêntrico, colonizador subalterniza grupos e minorias.

4 TOLERÂNCIA, ALTERIDADE E IGUALDADE RACIAL

Já é reconhecido, na comunidade científica, que “raça” é um conceito que não corresponde a qualquer realidade natural, biológica, limitando-se, portanto, ao mundo social.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 82.424-QO/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, conhecido como “Caso Ellwanger”. Em setembro de 2003, o Plenário do STF confirmou, por maioria de votos, a condenação de Siegfried Ellwanger, autor de livros de conteúdo antissemita, pelo crime de racismo. Nesse precedente, o STF debateu o significado jurídico do termo “racismo” abrigado no art. 5º, inciso XLII, da Constituição. De acordo com o Relator do feito, Ministro Maurício Corrêa:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.

Essa também foi a conclusão do Ministro Gilmar Mendes, que assim se pronunciou:

Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas [...]. É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.

Na verdade, a ideia de raça somente se faz presente tendo em vista o próprio racismo, como forma de classificação baseada em atitude discriminatória de um grupo social em relação a outro.

Apesar dessa perspectiva, ainda permanece entre nós o racismo, exatamente enquanto fenômeno social, e, no Brasil, particularmente, encarado como um tabu, em razão do dito orgulho nacional quanto à nossa suposta democracia racial (Guimarães, 1995, p. 1).

Tal fenômeno nada mais é que uma forma específica de se tentar fazer passar por realidade natural preconceitos, interesses e valores sociais negativos, razão pela qual a questão racial não deve, por conseguinte, ser analisada dentro do campo de abrangência da conceituação da tolerância liberal, aparentemente neutra, já que se corre o risco de que preconceitos se transformem em juízos estabelecidos ou possíveis, até mesmo pelo Estado, que deve exercer papel ativo no reconhecimento e na proteção das diferenças.

Ressalta-se que, no Brasil, historicamente e por opções ideológicas de dominação, o reconhecimento da diversidade racial desse “outro”, como dito, restou absorvido pelo mito da democracia racial, ou seja, pela crença de que as relações raciais no Brasil são harmoniosas devido à ocorrência da miscigenação, em vez da segregação formal ou informal.

Entretanto, diversos estudos demonstram que as relações raciais no país são caracterizadas não pela inclusão, mas pela exclusão, e que a população branca brasileira continua a ser privilegiada e possui uma parte desproporcional da riqueza e do poder (Telles, 2003).

Quanto a isso, Telles (2003), mesclando a análise demográfica com o trabalho etnográfico, a história e a teoria política, procura entender “o enigma das relações raciais brasileiras”, de que forma a inclusão pode coexistir com a exclusão. Deste modo, o autor demonstra como o mito tradicional de que o país tem relações raciais mais harmoniosas se comparado aos EUA contribuiu para que o governo pouco fizesse quanto às desigualdades persistentes.

Ao tratar dessa pseudo não existência da discriminação racial, Bussinger (2020) ainda esclarece que:

Negros são mortos ou deixados morrer sob desculpa falaciosa de que não há discriminação racial no país e pela deliberada naturalização de uma cultura que nega o racismo estrutural da sociedade brasileira, cujas consequências todos nós conhecemos e que estão evidenciados em estatísticas, nas manchetes da imprensa e nas redes sociais.

Com efeito, de plano, como premissa básica de convivência em sociedade e atuação do Estado, o racismo deve ser enquadrado no campo do intolerável, pois encerra um total aniquilamento da singularidade do outro, situação que retira a própria humanidade do relacionamento entre os seres, já que, como se viu em Lévinas, somente na interpelação do outro, na relação de alteridade, o ser humano se constitui.

Assim, igualdade racial deve ser analisada, na perspectiva da tolerância, somente na compreensão de tolerância como reconhecimento, tendo como base a ética da alteridade, sob pena de manutenção do paradigma binário e homogeneizante, o qual retira da sociedade como um todo a responsabilidade em relação às ações, ainda que individuais, do outro.

Dessa forma, entende-se que o enfrentamento do racismo e a busca pela efetivação da igualdade racial, além de serem enfrentados em termos de reparação histórica e do combate às desigualdades estruturais vigentes em nossa sociedade de classes, que podem ser extraídas do mundo real ou material, hão de se pautar também na luta por reconhecimento, enxergando-se o princípio da igualdade como respeito às diferenças, tendo como pressuposto a dimensão ética de nossa relação com o outro, que demanda uma verdadeira responsabilidade por essa diferença.

Desta feita, é necessário um equilíbrio entre a responsabilidade ética pelos outros e a esfera política do Estado, incorrendo uma tensão entre a assimetria de Lévinas e a igualdade jurídica que, em nome do convívio social e, muitas vezes, da exi-

gência de uma violência menor para a garantia do outro homem, acaba por delimitar a responsabilidade incondicional da alteridade radical, essa assimetria infinita.

Vale dizer que, a despeito de sua abertura da subjetividade “ao infinito”, numa ideia então de liberdade, Lévinas não pode ser aproximado à corrente política liberal, já que, para o filósofo, a responsabilidade ética infinita pelo outro nega essa possibilidade, pois, quando essa responsabilidade se coloca como um *a priori* da liberdade do homem, não há escolha.

Portanto, o compromisso ético radical em Lévinas vai muito além do simples formalismo jurídico-formal do liberal, em que as condições de impessoalidade do Estado tão propagadas, na maioria das vezes, causam a negação da formulação mais básica da filosofia do lituano – “Tu não matarás” –, pois o filósofo se preocupa com as questões sociais, além de apresentar críticas ao liberalismo econômico sem limites nem regras que se voltem ao caráter humano das relações produtivas (Dias, 2016, p. 24-25).

Por certo, a filosofia de Lévinas (2014, p. 36) pode ser taxada de utópica, ele mesmo reconhece que “é muito difícil resguardar-se do totalitarismo com uma política do puro conceito”, contudo não há como escapar a essa imposição de reflexão acerca da dimensão ética da relação entre os homens. Dimensão que rejeita a perseverança exclusivamente no “eu”, que questiona o seu lugar no mundo enquanto possibilidade de violência usurpadora diante do outro e que propõe, poder-se-ia dizer, uma “lembrança de si” do homem, que enfrenta um “esquecimento de si”, de sua vocação originária (Lévinas, 2014, p. 39-40).

Nesse contexto, contemporaneamente, a partir da derrubada do mito da democracia racial brasileira, que não serve nem mesmo como ideal ou inspiração, e da constatação de que, particularmente, no Brasil, o racismo está ligado umbilicalmente a uma estrutura estatal, busca-se o reconhecimento da identidade negra, por meio da luta pelos direitos sociais inerentes à democracia brasileira, com ênfase na cidadania e respeito aos direitos humanos (Guimarães, 1995, p. 1).

Assim, o direito à igualdade, previsto em nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso I (princípio da igualdade perante a lei), ainda sustenta políticas sociais em sua maioria, universalistas, levando em consideração o indivíduo abstratamente, objetivando a justa repartição das riquezas produzidas entre os indivíduos, independente de origem, de raça, de gênero.

Contudo, de forma a efetivar essa ética de alteridade e a limitar a exigência etnocêntrica de universalidade, requerida pelo ideal de nação homogênea e pelo conceito tradicional de democracia e de neutralidade estatal, impõe-se a transformação da “igualdade formal” em “igualdade material”, cabendo destaque nesse percurso vencer a máxima igualdade perante a lei pela igualdade através da lei.

Nessa perspectiva, sem pretender cristalizar diferenças ou incentivar a ausência de um diálogo intercultural, as minorias historicamente discriminadas devem ter

acolhidas reivindicações particularistas, de caráter diferencial, que, vale dizer, também encontram fundamento de validade em nossa Carta Maior, artigo, 215³, do que são exemplos as “ações afirmativas”, relevante expressão contemporânea da evolução do Estado Democrático Social de Direito e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entre outras políticas públicas e ações estatais multiculturais.

Deste modo, o princípio da tolerância alcançará concretização plena, contribuindo como fundamento de ações efetivamente emancipatórias de grupos historicamente marginalizados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem desconsiderar a materialidade do mundo real, sua influência em nossas ações, em nossa história, é necessário um redimensionamento do humanismo no mundo contemporâneo, com a discussão acerca da ética da alteridade, não como um ideal desconectado da realidade, mas sim com a potência que encerra, que pode se transformar em ações de responsabilidade do próprio homem, de forma crítica, inclusive a partir de resistências, tendo por objetivo a construção de uma sociedade justa e solidária.

No contexto da modernidade, a exaltação das liberdades individuais e de escolha, bem como da igualdade perante a lei, acaba por sustentar políticas sociais, em sua maioria, universalistas, levando em consideração o indivíduo abstratamente, objetivando a justa repartição das riquezas, independentemente de origem, de raça, do gênero.

Todavia, o arcabouço constitucional nacional enseja também uma atuação positiva do Estado no combate a qualquer forma de preconceito ou de discriminação, protegendo não somente a igualdade formal, bem como a igualdade material, tradicionalmente ligada mais a uma justiça distributiva, e, por último, mas não menos importante, a igualdade como reconhecimento, incorporada ao discurso constitucional mais recente, que se destina a proteger o direito à diferença, os grupos vulneráveis e as minorias em geral.

A partir de crítica ao enquadramento da tolerância liberal e sob pena de transformação de preconceitos em juízos estabelecidos ou possíveis, defende-se que o racismo deve ser enquadrado no campo do intolerável, impondo-se paralelamente a superação da “igualdade perante a lei” para a “igualdade através da lei”, a qual enseja

³ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988, grifo nosso).

o acolhimento de reivindicações particularistas de minorias historicamente discriminadas, inclusive por meio de **ações afirmativas**.

Lévinas, então, convida-nos a um afastamento da filosofia tradicional, a pensar a subjetividade não como ontologia, mas como abertura ao outro, em sua incompreensão, como responsabilidade ética pelo outro. Assim, a responsabilidade pelo outro precede a própria racionalidade que encerra o “eu”, precede qualquer tipo de associação política, que, ao se formar, necessariamente deve se inspirar em conteúdo ético e não meramente procedimental normativo.

Em uma sociedade pluralista, dificilmente as pessoas chegarão a um consenso sobre visões de mundo e de justiça. Não obstante, como forma mais aproximada de se alcançar uma convivência pacífica, coloca-se o endosso à multiculturalidade, por meio do reconhecimento das diversidades individuais e coletivas presentes em nossa sociedade, fundado na responsabilidade ou na solidariedade pelo “outro”, verdadeira ética da alteridade, como virtude moral e prática política.

Defende-se, portanto, pela ética de Lévinas, uma alternativa que procura ir além da igualdade meramente formal, condicionando uma ideia de tolerância que sustenta ações positivas do Estado, entre elas, as políticas afirmativas de inclusão, em busca de uma igualdade substantiva.

Essa perspectiva ética abre espaço para um reconhecimento que é anterior à reciprocidade presente na igualdade jurídica, no âmbito político, resgatando o humano, evitando-se relações de desigualdade e de exclusão. Essa utopia do humano em Lévinas se faz urgente num mundo tão dividido, tão injusto, marcado não só por desigualdades econômicas e sociais, mas também pela invisibilidade de muitos, uns “sem rosto”, como se dá, na atualidade, com os “sem comida”, os “sem trabalho”, os “sem moradia”.

Por fim, utilizando as palavras do próprio Lévinas (2014, p. 41), espera-se que as provas pelas quais passou a humanidade no decurso do século XX, e aqui se estende a todo o período de escravização dos povos africanos, à manutenção de estruturas socioeconômicas desiguais, à necropolítica, aos preconceitos, em seu horror, não sejam apenas a medida da depravação humana, mas também um apelo renovado a sua verdadeira vocação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito**. São Paulo: LTR, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. **Constituição da República Federa-**

tiva do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424 – RS.** Tribunal Pleno. Caso Ellwanger. Relator originário – Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão – Ministro Presidente Maurício Corrêa. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator – Superior Tribunal de Justiça. 17 set. 2003. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_82424_RS-_17.09.2003.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1701701931&Signature=BPPba0kiwBgSuQvLKSyy7johxws%3D. acesso em: 10 nov. 2023.

BUSSINGUER, Elda. Antirracismo é uma luta urgente e deve ser travada por todos. **A Gazeta**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/colunas/elda-bussinguer/antirracismo-e-uma-luta-necessaria-urgente-e-deve-ser-travada-por-todos-0620#>. Acesso em: 29 nov. 2023.

CARDOSO, Clodoaldo Menenguello. **Tolerância e seus limites:** um olhar latino-americano sobre diversidade e igualdade. São Paulo: UNESP, 2003.

CHALIER, Catherine. **Lévinas:** a utopia do humano. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

ADESKY, Jacques Edgard François D'. **Pluralismo étnico e multiculturalismo - racismo e anti-racismo no Brasil.** 1997. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/000746177>. Acesso em: 04 dez. 2023.

DIAS, Jefferson Polidoro. **A justiça em Emmanuel Lévinas:** uma análise do terceiro. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Maria – UFSMIRS. Santa Maria, p. 91, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9161/DIAS%2c%20JEFFERSON%20POLIDORO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 nov. 2023.

DUSCHATZKY, Sylvia; SKLIAR, Carlos. Os nomes dos outros: reflexões sobre os usos escolares da diversidade. **Educação & Realidade**, [S. l.], v. 25, n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/46855>. Acesso em: 3 dez. 2023.

FORST, Rainer. Tolerância. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, vol. 59, n. 1, p. 89-97, jan./abr. 2023. Disponível em: file:///C:/Users/Win/Downloads/TRAD_08.pdf. Acesso em: 22 out. 2023

GALLINA, Rudhra. A responsabilidade social e a afirmação da alteridade: o novo humanismo da ética de Emmanuel Lévinas. **Universitas I JUS**, Brasília, v. 24, n. 1, p.25-32, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2060>. Acesso em: 3 nov. 2023.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. **Lévinas e o outro:** a ética da alteridade como fundamento da Justiça. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 90, 2009. Disponível em: <https://www>.

maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=13482@1. Acesso em: 10 nov. 2023.

GONDIM, Larissa Cristine Daniel. **A política da tolerância como reconhecimento**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, p. 147, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/5627/1/arquivotal.pdf>. Acesso em: 24 out. 2023.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Revista De Antropologia**, v. 47, n. 1, p. 9–43, jan. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ra/a/B8QfF5wgK3gzDNdk55vFbnB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 3 nov. 2023.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e anti-racismo no Brasil. **Revista Novos Estudos**, ed. 43, n.3, p.26-44, nov. 1995. Disponível em: file:///C:/Users/Win/App-Data/Local/Temp/2b8b5383-3e2f-44c7-b8fb-ded3c5230ae9_14_racismo_e_anti_racismo.pdf.zip. Acesso em: 15 nov. 2023.

HADOCK-LOBO, Rafael. **Da existência ao infinito**: ensaios sobre Emanuel Lévinas. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Violência do Rosto**. Trad. Fernando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: RT, 2007.

TELLES, Edward. **Racismo à Brasileira**: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará I Fundação Ford, 2003.

WALZER, Michael. **Da Tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WERLE, Denilson. Tolerância, legitimação política e razão pública. **Revista Dissertatio**, Pelotas, n.35 p.141– 161, inverno de 2012. Disponível em: <https://www2.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/35/07.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2023.

INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS NO ESTADO DO PARANÁ: UM BREVE COMENTÁRIO LEGAL E PRÁTICO

INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS NO ESTADO DO PARANÁ: UN BREVE COMENTARIO LEGAL Y PRÁCTICO

Wlademir Junior Lucietti Filho¹

RESUMO

O presente artigo visa abordar os aspectos legais e gerais das internações psiquiátricas por saúde mental ou por dependência de álcool e drogas. Com isso, de forma analítica serão estudadas as Leis Federais nº11.343/2006 e nº 10.216/2001 e a Lei Estadual nº 11.189/1995, mais precisamente sobre as definições em torno das modalidades de internamento e a origem do papel fiscalizatório do Ministério Público nesta pasta. Além disso, será demonstrada a forma de atuação do Ministério Público do Estado do Paraná na garantia dos direitos fundamentais dos pacientes internados a fim de coibir eventuais abusos em seus tratamentos. Desse modo, será apresentada a forma de controle dos internamentos por parte do Ministério Público e algumas fraquezas legislativas que inviabilizam uma fiscalização ainda mais efetiva. Este trabalho foi desenvolvido sob o método misto a fim de proporcionar uma compreensão mais completa do tema.

Palavras-chave: internações psiquiátricas; saúde; Ministério Público; fiscalização.

RESUMEM

El presente artículo visa abordar los aspectos legales y generales de las psiquiátricas internas por salud mental o por dependencia de alcohol y drogas. Com isso, de forma analítica serán estudadas como Leis Federais nº11.343/2006 e nº 10.216/2001 e a Lei Estadual nº 11.189/1995, mais precisamente sobre as definições em torno das modalidades de internamento e a origem do papel fiscalizatório do Ministério Público nesta pasta. Além disso, será demonstrado a forma de atuação do Ministério Público do Estado do Paraná na garantia dos direitos fundamentais dos pacientes internados a fim de coibir eventuais abusos em seus tratamentos. De este modo, será apresentada a forma de controle dos internamentos por parte del Ministerio Público y algunas fraquezas legislativas que inviabilizam uma fiscalização ainda mais efetiva. Este trabajo se desarrolló utilizando el método mixto con el fin de brindar una comprensión más completa del tema.

Palabras clave: hospitalizaciones psiquiátricas; salud; Ministerio Público; vigilancia.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL (Centro Universitário Autônomo do Brasil); Especialista em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP/PR); Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Focus; Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noções Gerais sobre os Internamentos Psiquiátricos; 3. Modalidades de Internamentos; 3.1 Internação Voluntária; 3.2. Internação Involuntária; 3.3. Internação Compulsória; 4. O Ministério Público do Estado do Paraná; 4.1 O Sistema Protege; 5. Melhorias legislativas; 5.1 Do Prazo de 90 dias; 5.2. Do Laudo Médico Circunstanciado; 5.3. Definição de Compulsoriedade; 5.4. Da modalidade Voluntária em Saúde Mental; 6. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem o intuito de apresentar como ocorrem os internamentos psiquiátricos no Estado do Paraná, de acordo com as legislações vigentes e com base na atuação fiscalizatória do Ministério Público.

Assim, será apresentada a Lei Estadual que regulou inicialmente no Estado do Paraná essas internações, as alterações trazidas pela lei 10.216/2001² e por fim, as novas atualizações junto à Lei 11.343/2006³ e a inclusão do tratamento de álcool e drogas nas mesmas formalidades dos internamentos em saúde mental.

Outrossim, compreendendo a legislação, importante trazer os conceitos de modalidades de internamentos, sendo voluntário, involuntário e compulsório. Em torno disso, evidenciar o papel do Ministério Público como fiscalizador e garantidor dos direitos fundamentais dos(as) pacientes internados(as).

Além disso, será demonstrada a forma de fiscalização do Ministério Público do Estado do Paraná a fim de coibir eventuais abusos por parte dos estabelecimentos psiquiátricos no intuito de garantir a legalidade dos internamentos, razão pela qual se faz necessária a abordagem do Sistema Protege, o qual possui a operacionalidade de informar os novos internamentos, altas e internamentos com prazo superior a 90 dias.

Ao final, será realizado uma análise legislativa em torno da fiscalização desses internamentos a fim de promover questionamentos sobre a necessidade ou não de uma nova atualização da lei no intuito de aprimorar o método fiscalizador em torno dos internamentos psiquiátricos para uma maior efetividade na garantia dos direitos fundamentais dos pacientes.

² BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm hrs. Acesso em 20 jun. 2023 às 21:00 hrs.

³ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 20 jun. 2023 às 20:00 hrs.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS INTERNAMENTOS PSIQUIÁTRICOS

Em 1995 foi criada no Estado do Paraná a Lei nº 11.189⁴ que dispõe sobre condições para internamentos em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares, de cidadãos com transtornos mentais.

Sobre os internamentos psiquiátricos, a Lei Estadual supramencionada também dispõe sobre as modalidades de internamento, as quais mostram-se divergentes dos conceitos trazidos posteriormente pelas Leis Federais. Um pouco disto se mostra pela inexistência de disposição sobre internamentos involuntários, por exemplo, uma vez que o texto do art. 10 da referida Lei anexou a modalidade de internação involuntária na descrição do internamento compulsório⁵.

Contudo, mais adiante em 2001, novos conceitos foram trazidos pela ordem Federal, o que enseja a atualização da Lei Estadual mencionada, a qual ainda não ocorreu.

Nesse ínterim, foi criada a Lei Federal nº 10.216/2001⁶, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Esta lei trouxe as primeiras conceituações em torno das modalidades de internamento em seu artigo 6º⁷, as quais foram atualizadas junto à Lei de Drogas nº 11.343/2006⁸ mediante a alteração legislativa proposta pela Lei 13.840/2019⁹ que buscou a devida atenção aos usuários de álcool e drogas.

⁴ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=4261&indice=1&totalRegistros=1&dt=12.3.2020.14.23.55.322>. Acesso em 03 jul. 2023 às 19:00 hrs.

⁵ Art. 10. A internação compulsória é aquela realizada sem o expresso consentimento do paciente, em qualquer tipo de serviço de saúde, sendo o médico o responsável por sua caracterização. § 1º. A internação psiquiátrica compulsória deverá ser comunicada pelo médico que a procedeu, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, à autoridade do Ministério Público, e quando houver, à autoridade da Defensoria Pública. § 2º. A autoridade do Ministério Público, ou, quando houver, da Defensoria Pública, deverá emitir parecer sobre a necessidade e legalidade do ato de internação e da manutenção do internamento, desde que exista solicitação neste sentido, e que constitua uma junta interdisciplinar composta por 03 (três) membros, sendo um psiquiatra, um psicólogo e um outro profissional da área de saúde mental com formação de nível superior.

⁶ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

⁷ Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

⁸ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

⁹ BRASIL. Lei 13.840/2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm. Acesso em 20 jun. 2023 às 22:00hrs.

Esta *novatio legis* trouxe ao capítulo II da Lei de Drogas o tratamento dos usuários como forma de reinserção social. Para isso, houve um aprimoramento dos conceitos e formalidades trazidas pela Lei 10.216/2001¹⁰, o qual se viu necessário pela natureza dos internamentos envolvendo dependência de álcool e drogas.

3 MODALIDADES DE INTERNAMENTOS

Em atenção à existência da Legislação Estadual e das Leis Federais em torno dos tratamentos psiquiátricos para saúde mental e álcool e drogas, passamos a compreendê-las e diferenciá-las pelo método comparativo, momento em que será apresentada as definições de modalidades de internamentos e seus aspectos legais.

3.1. INTERNAÇÃO VOLUNTÁRIA

A Lei Estadual nº 11.189/1995¹¹ trouxe pela modalidade voluntária a forma em que ocorreria o internamento de pacientes em saúde mental que optassem por esta formalidade, assim, definiu que nenhum paciente sofreria limitações na sua condição de cidadão e sujeito de direitos, ou outras formas de privação de liberdade conforme Constituição Federal.

Ainda, definiu que a internação, mesmo que voluntária, só seria permitida se precedida de laudo médico, se assegurado ao paciente a formação de opinião, compreensão da natureza de suas decisões e de manifestar a vontade.

Mantendo em tela a saúde mental, a Lei Federal 10.216/2001¹² manteve a necessidade de laudo médico circunstanciado¹³ como requisito para a internação psiquiátrica, seja qual fosse a modalidade pretendida. Nessa toada, ainda definiu que o laudo somente será aceito se assinado por profissional médico(a) devidamente registrado(a) no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento pretendido para realizar a internação¹⁴.

Apesar disso, no âmbito da voluntariedade, esta Lei conceituou de forma simples e objetiva que se compreenderá voluntária a internação com o consentimento do paciente, o qual será devidamente registrado por declaração assinada pelo paciente

¹⁰ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

¹¹ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

¹² BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

¹³ Art. 6º da Lei 10.216/2001

¹⁴ Art. 8º da Lei 10.216/2001

no ato de sua admissão no estabelecimento. Outrossim, por se tratar de voluntariedade, o término do internamento ocorrerá por duas formas, ou por alta médica ou por solicitação do(a) paciente como forma de respeito a sua vontade e a modalidade escolhida¹⁵.

No tocante ao tratamento para dependentes de álcool e drogas, a Lei Federal, alterada pela Lei 13.840/2019¹⁶, manteve o conceito de voluntariedade trazido pela Lei 10.216/2001¹⁷ e seus requisitos de forma *ipsis literis*¹⁸.

Não obstante, houve apenas uma única mudança, haja vista que a Lei Estadual nº 11.189/1995¹⁹ e a Federal de nº 10.216/2001²⁰ não estipularam a obrigatoriedade de comunicação ao Ministério Público das internações e altas psiquiátricas em saúde mental em torno desta modalidade, a publicação da Lei Federal nº 13.840/2019²¹ (que alterou um conjunto de leis e decretos que tratam do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas e as condições de atenção a usuários ou dependentes dessas substâncias), passou a exigir a comunicação à autoridade fiscalizadora de internamentos e altas de usuários ou dependentes de drogas e álcool que aderiram a voluntariedade. Assim, a comunicação das altas e dos internamentos ocorre em sistema próprio, o qual abordaremos após a análise das modalidades de internamentos aqui expostas.

¹⁵ Parágrafo único do art. 7º da Lei. 10.216/2001

¹⁶ BRASIL. Lei 13.840/2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

¹⁷ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

¹⁸ Art. 23-A. § 3º: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; (...) § 4º A internação voluntária: (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019) I - deverá ser precedida de declaração escrita da pessoa solicitante de que optou por este regime de tratamento; (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019) II - seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseja interromper o tratamento. (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019)

¹⁹ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

²⁰ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

²¹ BRASIL. Lei 13.840/2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

3.2 INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA

A Lei Estadual não trouxe ao seu texto a conceituação sobre a modalidade involuntária, embora na leitura do art. 10, que se aborda a compulsoriedade do internamento, se compreenda que de forma intrínseca a involuntariedade se encontre no mesmo conceito, o que foi trazido posteriormente pelas Leis Federais²² 10.216/2001²³ e 11.343/2006²⁴.

Pois bem, seguindo a ordem cronológica temporal adotada, temos a Lei 10.216/2001²⁵ que trouxe no âmbito da saúde mental o devido cuidado com a conceituação desta modalidade e imposição de requisitos formais e de fiscalização do Ministério Público.

Sobre o seu conceito, a lei definiu como sendo aquele que ocorre sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro²⁶. No tocante ao laudo médico, manteve a regra da voluntariedade, o qual se torna imprescindível para a sua realização.

Além disso, a Lei definiu que os internamentos desta modalidade deverão ser comunicados ao Ministério Público no prazo máximo de 72 horas²⁷. E o seu término ocorrerá por solicitação escrita do familiar, responsável legal ou por determinação do especialista responsável pelo seu tratamento, leia-se médico(a).

Por fim, a Lei 11.343/2006²⁸ trouxe a involuntariedade para o tratamento de dependentes ou usuários com o mesmo conceito da Lei 10.216/2001²⁹, porém, definiu quem são os terceiros que podem solicitar o internamento, sendo, um familiar ou responsável legal, e na falta destes poderá ser o solicitante um servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad(-Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), com exceção de servidores

²² Art. 10. A internação compulsória é aquela realizada sem o expresse consentimento do paciente, em qualquer tipo de serviço de saúde, sendo o médico o responsável por sua caracterização. § 1º. A internação psiquiátrica compulsória deverá ser comunicada pelo médico que a procedeu, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, à autoridade do Ministério Público, e quando houver, à autoridade da Defensoria Pública. § 2º. A autoridade do Ministério Público, ou, quando houver, da Defensoria Pública, deverá emitir parecer sobre a necessidade e legalidade do ato de internação e da manutenção do internamento, desde que exista solicitação neste sentido, e que constitua uma junta interdisciplinar composta por 03 (três) membros, sendo um psiquiatra, um psicólogo e um outro profissional da área de saúde mental com formação de nível superior.

²³ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

²⁴ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

²⁵ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

²⁶ Art. 6º, parágrafo único, inciso II da Lei 10.216/2001

²⁷ Art. 8º. § 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta

²⁸ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

²⁹ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida³⁰.

Nesse íterim, o legislador trouxe os requisitos para a formalização dos internamentos involuntários. Primeiramente, a decisão de internamento do paciente deve ser formalizada por médico responsável. Neste aspecto, renova-se a leitura do art. 23-A da Lei 11.343/2006³¹ que determina a vinculação do profissional ao CRM local e a necessidade de laudo circunstanciado.

Outro requisito está na avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde. Lembra-se que a ideia do legislador é antimanicomial³², assim, antes de promover seu internamento é necessário que o profissional médico certifique que a utilização de outros meios de tratamento são ineficazes para o resultado esperado de seu tratamento e sua reinserção social.

O terceiro requisito está no prazo de internamento estipulado pela lei 11.343/2006³³, pois o legislador especificou que a internação perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável. Embora o término esteja vinculado a uma eventual alta médica, a lei também possibilita que familiares requeiram o término do tratamento a qualquer tempo.

3.3 INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

A Lei 11.189/1995³⁴ apresentou o conceito de compulsoriedade, contudo, como indicado no tópico anterior, do contexto trazido pelas leis federais, o conceito utilizado pela Lei Estadual está mais ligado ao internamento involuntário, o que não deixa de ser, na prática, uma realidade.

Com essa ressalva, cumpre apresentar que a referida lei definiu como sendo a modalidade de internamento, realizada sem o expresse consentimento do paciente, sendo o médico a pessoa responsável pela sua internação³⁵.

Uma vez sendo o paciente internado nesta modalidade, a Lei Estadual definiu que o Ministério Público deverá ser comunicado no prazo máximo de 72 horas de sua realização. Ainda, caberia ao Ministério Público emitir parecer sobre a legalidade ou

³⁰ Art. 23-A §3º, inciso II da Lei 11.343/2006

³¹ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

³² <https://www.epsvj.fiocruz.br/noticias/reportagem/35-anos-da-luta-antimanicomial-e-o-avanco-da-contrarreforma-psiQUIATRICA>

³³ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

³⁴ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

³⁵ Art. 10 da Lei 11.189/1995.

não (e sobre a manutenção) do internamento sempre que houver solicitação, devendo isto ocorrer mediante junta interdisciplinar composta por 03 (três) membros³⁶, sendo um psiquiatra, um psicólogo e um outro profissional da área de saúde mental com formação de nível superior³⁷.

Quanto a Lei 10.216/2001³⁸, trouxe o conceito do internamento compulsório como sendo uma determinação proferida por juiz competente, o qual deverá levar em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários³⁹.

Aqui cabe uma observação de que a compulsoriedade só está presente na Lei 11.189/1995⁴⁰ e na Lei 10.216/2001⁴¹, porquanto na Lei de Drogas (nº11/343/2006⁴²), não há previsão desta modalidade, de modo que somente reconhece e disciplina os internamentos voluntários e involuntários.

Noutro giro, cumpre mencionar que, segundo a Resolução nº 8, de 14/08/2019⁴³ emitido em Diário Oficial pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos Humanos, dispõe em seu art. 25, que esta modalidade somente será de fato compulsória quando proveniente de uma decisão da Justiça Criminal quando da prática de um delito, sendo o único caso em que a Justiça deva determinar seu internamento.

Assim, de modo sedimentado, temos apenas junto a Lei 10.216/2001⁴⁴ a definição e regulamentação, ainda que pequena, desta modalidade de internamento em torno da saúde mental. Nessa guisa, a Lei Estadual nº11.189/1995⁴⁵, embora mencione a terminologia compulsória, traz a ideia de involuntário, assim como a Lei de Drogas também não conceitua esta modalidade, e de sua leitura, compreende-se que a modalidade involuntária abarca compulsoriedade.

³⁶ Art. 10, § 2º da Lei 11.189/1995.

³⁷ Art.10. §2º da Lei 11.189/1995

³⁸ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

³⁹ Art. 9º da Lei 10.216/2001

⁴⁰ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

⁴¹ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

⁴² BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

⁴³ BRASIL. Resolução nº 8/2019. Dispõe sobre soluções preventivas de violação e garantidoras de direitos aos portadores de transtornos mentais e usuários problemáticos de álcool e outras drogas. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-8-de-14-de-agosto-de-2019-212175346>. Acesso em 15 jul. 2023 às 15:30 hrs.

⁴⁴ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

⁴⁵ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

A Constituição Federal de 1988 relacionou o Ministério Público ao rol dos órgãos de funções essenciais à Justiça⁴⁶, assim, é de suma importância a sua atuação na garantia dos direitos fundamentais.

Outrossim, no campo da saúde, cabe ao Ministério Público - MP contribuir para sua efetivação nas dimensões coletiva e individual. O objetivo da instituição, no âmbito do Sistema Único de Saúde, é agir em face da comunidade, das instituições públicas e privadas e do poder público, nos âmbitos administrativo e judicial, para a garantia do cumprimento das leis que norteiam os serviços de saúde, principalmente na promoção do acesso universal, com resolutividade e no tempo certo. Para isso, antes de recorrer ao Poder Judiciário, o Ministério Público intervém junto a entidades, gestores e prestadores de serviços e trabalhadores dedicados a esse propósito⁴⁷.

No âmbito dos internamentos psiquiátricos, cumpre salientar que as leis até aqui estudadas trouxeram ao Ministério Público a função de fiscalizador desses internamentos, de modo a garantir os direitos dos pacientes sem que abusos possam ser cometidos e os tratamentos/internamentos sejam realizados em torno da legalidade e formalidade.

Nesse íterim, temos que a Lei Estadual nº11.189/1995⁴⁸ determinou que os internamentos compulsórios deveriam ser comunicados, pelo médico responsável, em até 72 (setenta e duas) horas ao Ministério Público⁴⁹, cabendo a este emitir parecer sobre a necessidade e legalidade do ato de internação e da manutenção do internamento, desde que exista solicitação neste sentido, e que constitua uma junta interdisciplinar composta por 03 (três) membros, sendo um psiquiatra, um psicólogo e um outro profissional da área de saúde mental com formação de nível superior⁵⁰.

A Lei 10.216/2001⁵¹ também trouxe a lógica das comunicações ao Ministério Público no prazo de setenta e duas horas⁵², a única diferença está na modalidade, pois segundo esta Lei, somente os internamentos involuntários deveriam ser comunicados.

⁴⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴⁷ <https://mppr.mp.br/Atuacao-Saude-Publica>

⁴⁸ ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

⁴⁹ Art. 10, § 1º, da Lei 11.189/1995.

⁵⁰ Art. 10, § 2º, da Lei 11.189/1995.

⁵¹ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

⁵² Art. 8º §1º.

Por fim, a Lei 11.343/2006⁵³ manteve o prazo de comunicação de setenta e duas horas, mas dessa vez para todas as modalidades de internações existentes na lei (voluntários e involuntários).

Com base na atuação fiscalizatória do Ministério Público, no Estado do Paraná houve a criação do Sistema Protege⁵⁴, ferramenta utilizada para acompanhamento ministerial das internações, o que passamos a expor.

4.1 O SISTEMA PROTEGE

O Sistema Protege tem como objetivo mostrar informações referentes a internações e altas psiquiátricas involuntárias em todo o Estado do Paraná, conforme prevêem a Lei Federal nº 10.216/2001⁵⁵ e a Portaria GM/MS nº 2.391/2002⁵⁶, do Ministério da Saúde. Em 2009, com a publicação da Lei Federal nº 13.840/2019, o Protege foi atualizado para contemplar, adicionalmente, o registro das internações/altas voluntárias de usuários ou dependentes de drogas. Além do registro das internações e altas, a ferramenta foi concebida para permitir que o MPPR identifique vulnerabilidades que, eventualmente, podem acometer os pacientes, monitorar a ocorrência de internações de longa duração (o que é incompatível com a atual política de saúde mental). É possível, também, realizar levantamentos estatísticos sobre determinado município, Comarca e até mesmo de todo o Estado⁵⁷.

Segundo os dados disponíveis, graças a implementação deste sistema, mais de 53(cinquenta e três) mil internações já puderam ser acompanhadas e fiscalizadas pelo Ministério Público⁵⁸. Somente em 2023 na Cidade de Curitiba⁵⁹ 62 (sessenta e dois) pacientes tiveram internação voluntária em álcool e drogas, 1.081 (um mil e oitenta um) pacientes foram internados involuntariamente para saúde mental e 1.245 (um mil, duzentos e quarenta e cinco) pacientes internados involuntariamente para álcool e drogas, o que totaliza 2.388 (dois mil trezentos e oitenta e oito) internamentos. Em uma matemática simples, são quase 11 internamentos por dia na capital parana-

⁵³ BRASIL. Lei 11.343/2006. Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad

⁵⁴ Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/saude/Pagina/SISTEMA-PROTEGE-Protecao-Pessoa-Acometida-de-Transtorno-Mental#:~:text=O%20Sistema%20Protege%2C%20desenvolvido%20pelo,do%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%2C%20atualmente>

⁵⁵ BRASIL. Lei 10.216/2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

⁵⁶ BRASIL. Portaria nº 2391/2002. Regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias (IPI) e voluntárias (IPV) de acordo com o disposto na Lei 10.216, de 6 de abril de 2002, e os procedimentos de notificação da Comunicação das IPI e IPV ao Ministério Público pelos estabelecimentos de saúde, integrantes ou não do SUS. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/institucional/legislacao2/saude-mental/portarias/docs/portaria-gm-ms-2391-2002>. Acesso em: 21 jun. 2023 às 18:00hrs.

⁵⁷ <https://site.mppr.mp.br/saude/Pagina/SISTEMA-PROTEGE-Protecao-Pessoa-Acometida-de-Transtorno-Mental>

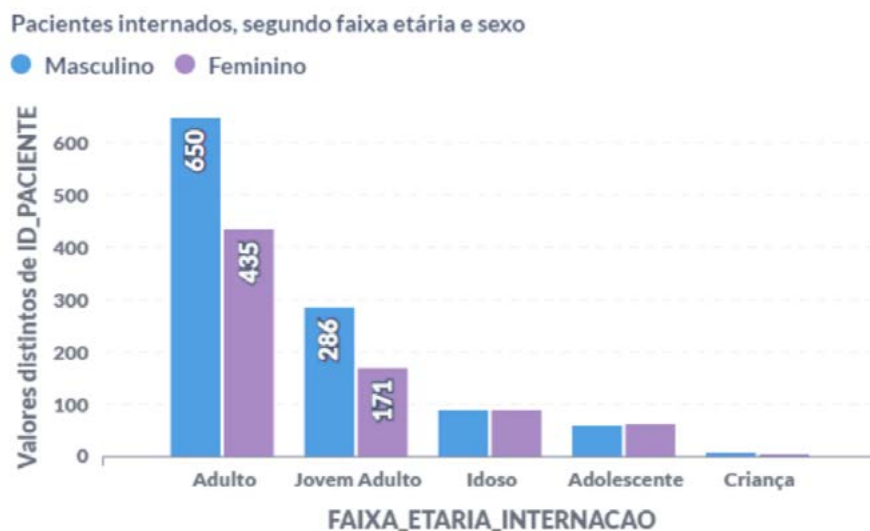
⁵⁸ (dados a partir de 2015) <https://apps.mppr.mp.br/geoview/plataforma-atuacao/page/90>

⁵⁹ Dados extraídos de 01/01/2023 a 08/08/2023.

ense, o que demonstra que qualquer discussão, não somente de saúde mental, mas em torno de álcool e drogas é sim uma pauta de saúde pública.

Desses 2.388 pacientes internados em 2023, o sistema ainda apresenta que 909 (novecentos e nove) são adultos, 417 (quatrocentos e dezessete) são jovens adultos, 143 (cento e quarenta e três) são adolescentes, 15 (quinze) são crianças e 94 (noventa e quatro) são idosos e desses, 346 (trezentos e quarenta e seis) já passaram por mais de uma internação. Além disso, o sistema registrou que o CID mais utilizado como justificativa médica de internamento é o F19.2 (Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas) síndrome de dependência⁶⁰, sendo assim, o uso de drogas é o principal fator de busca por internamentos psiquiátricos.

Figura1- Faixa etária de internação⁶¹



Da análise dos dados apresentados, tem-se que há uma baixa adesão voluntária de tratamento se comparado com os indicadores involuntários, razão pela qual novamente se reforça o papel do Ministério Público na garantia de que os internamentos ocorram dentro da legalidade sem qualquer abuso ou desrespeito aos direitos fundamentais do paciente.

Assim, o sistema utilizado pelo MP propicia uma melhor fiscalização em torno dos internamentos, de modo que qualquer irregularidade será indicada pelo próprio sistema a fim de que o MP possa atuar de imediato na garantia dos direitos fundamentais dos pacientes.

Apesar disso, como se extrai das diferenciações e dos conceitos trazidos pelas leis referente as modalidades de internamentos em saúde mental e para álcool e drogas, ainda que o MPPR tenha seu sistema próprio de controle e fiscalização, al-

⁶⁰ <https://apps.mppr.mp.br/geoview/plataforma-atuacao/page/90>

⁶¹ Disponível em: <https://apps.mppr.mp.br/geoview/plataforma-atuacao/page/90>

guns pontos legislativos merecem nova atenção, de modo que uma nova atualização otimizaria a atuação ministerial e traria segurança jurídica para os estabelecimentos que realizam os internamentos. ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais, para os pacientes e para o fiscalizador.

5 MELHORIAS LEGISLATIVAS

Inicialmente, se denota com base nos conceitos trazidos pela lei estadual e pelas leis federais, abordadas no texto, que não há uma sintonia na definição das modalidades de internamentos, tampouco sobre os seus conceitos e requisitos necessários para que se confirme a sua formalidade e legalidade.

Bem verdade que, embora a lei estadual esteja desatualizada, esta é suprida pelas leis federais. Apesar disso, registra-se que a Lei 11.189/1995⁶² é enfrentada no projeto de lei nº 632/2023⁶³ que passará por votação junto a Assembleia Legislativa do Paraná a fim de que se obtenha as modificações necessárias no intuito de que esteja em conformidade com as leis federais acerca do tema.

Outrossim, para que haja uma melhor atuação fiscal do Ministério Público, tem-se que alguns aspectos merecem ser ponderados, sendo as referidas Leis omissas em alguns pontos, o que prejudica a atuação ministerial e gera questionamentos jurídicos e éticos sobre a formalidade dos internamentos.

5.1 DO PRAZO DE 90 DIAS

Como apresentado anteriormente, a Lei de Drogas indica como prazo máximo de internamento involuntário o período de 90 (noventa) dias. Contudo, não há indicação do que deva ocorrer em caso de necessidade da prorrogação do internamento, toma-se como premissa a possibilidade do tratamento não restar concluído e o paciente não poder receber alta e, conseqüentemente, ser reinserido na sociedade. Pela lógica legal, o paciente deveria receber alta, uma vez que a lei define qual o prazo máximo de internação.

Outro fator está na legalidade do internamento, pois da leitura do diploma normativo (lei, 10.216/2001 e 11.343/2006) tem-se que o internamento não poderá ser superior a noventa dias, assim, superado este prazo e o paciente continue internado, poderá o Ministério Público oferecer denúncia contra o estabelecimento por cárcere privado?

⁶² ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.

⁶³ <https://consultas.assembleia.pr.leg.br/#!/proposicao>

Embora o questionamento seja válido, na prática tem-se utilizado do Enunciado nº 1 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, onde se define que a tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos ou em situação de drogadição ocorrerá pelo menor tempo possível, sob estrito critério médico. As decisões que imponham tal obrigação devem determinar que seus efeitos cessarão no momento da alta concedida pelo médico que atende o paciente na respectiva instituição de saúde, devendo o fato ser imediatamente comunicado pelo prestador do serviço ao Juízo competente⁶⁴.

Assim, à luz do Enunciado do Conselho Nacional de Justiça, é aceito que a prorrogação destes internamentos possam ser realizados com laudo médico, leia-se critério médico. Contudo, importante seria se esta disposição fosse incluída na lei de modo que viabilizaria a fiscalização Ministerial em torno da legalidade e da formalidade dos internamentos com prazo superior aos noventa dias.

5.2. DO LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO

Outra questão enfrentada é quanto ao laudo médico que autoriza o internamento involuntário. As Leis Federais determinam que o internamento deve ser precedido de laudo médico circunstanciado, sendo este profissional devidamente registrado no CRM do Estado em que se localize o estabelecimento no qual se dará a internação.

Pois bem, o ponto chave neste item refere-se a formalização médica pelo profissional vinculado ao estabelecimento em que ocorrerá o internamento, haja vista se tratar de estabelecimentos que recebem recursos particulares ou até mesmo público para a realização dos internamentos, sendo que cada situação ocorre de forma diferente, por exemplo:

a) Paciente particular: o paciente (voluntário) ou o familiar (involuntário) comparecem ao estabelecimento solicitando o internamento deste, o médico responsável e vinculado à unidade promove a avaliação e emite laudo circunstanciado aprovando ou não o seu internamento que passará a ocorrer após o aval médico.

Ou seja, geralmente a decisão de internação pelo médico vinculado ao estabelecimento e a confecção do laudo se dão nos instantes anteriores à internação, após uma única entrevista com o paciente. Se for voluntária, há o aceite do paciente, mas e se for internação involuntária, como certificar que a decisão do profissional vinculado ao estabelecimento seja imparcial?

Bem verdade que o Código de Ética Médica⁶⁵ responsabiliza os profissionais sobre eventuais atos em desrespeito à profissão e ao ser humano. Mesmo assim,

⁶⁴ (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

⁶⁵ O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade. (CFM)

poderia a Lei adotar mecanismos, formalidades que pudessem auferir esta imparcialidade ou então que extinguissem este problema, como, por exemplo, delimitar que a indicação médica de internação deva ocorrer anteriormente a data de internamento e por profissional sem qualquer vínculo ao estabelecimento psiquiátrico.

b) Paciente oriundo do SUS: é encaminhado ao estabelecimento via Central de Leitos, com isso, já passou pela avaliação médica de um profissional vinculado a uma Unidade de Pronto Atendimento – UPA, Unidade Básica de Saúde- UBS ou até mesmo um Hospital conveniado sem qualquer vínculo ao estabelecimento psiquiátrico de destino.

Assim, com a liberação da vaga o paciente é encaminhado e em sua chegada ocorre nova avaliação médica, desta vez por parte do profissional vinculado ao estabelecimento psiquiátrico. Registra-se a realização de duas avaliações médicas, sendo a principal (de encaminhamento) emitida por profissional sem vínculo ao estabelecimento psiquiátrico.

Com a exposição das duas situações tem-se que há divergência de procedimentos envolvendo pacientes particulares e derivados do SUS, a qual merece atenção para um eventual estudo sobre a sua possível padronização.

Ainda, a Portaria de Consolidação nº 03/2017 expõe em seu artigo 68 que este laudo deva ser emitido pelo profissional vinculado ao estabelecimento:

Art. 68. A Comunicação de Internação Psiquiátrica Involuntária deverá ser feita, no prazo de 72 horas, às instâncias referidas no art. 67, observado o sigilo das informações, em formulário próprio (Termo de Comunicação de Internação Psiquiátrica Involuntária, modelo constante do Anexo 3 do Anexo V), que deverá conter laudo de médico especialista pertencente ao quadro de funcionários do estabelecimento de saúde responsável pela internação. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 5º) Portaria de Consolidação nº 3

É lógico que a palavra final deve ser dada pelo profissional responsável pelo estabelecimento. O que se questiona aqui, são situações em que apenas a palavra do profissional responsável pelo estabelecimento determina a internação, especificamente nos casos particulares.

5.3 DEFINIÇÃO DE COMPULSORIEDADE

Como visto, cada uma das Leis trouxe uma definição diferente para esta modalidade, e a Lei de Drogas sequer trouxe essa forma de internação para a sua disposição.

Nesse aspecto, há, em tese, uma única Lei que definiu o que é internação compulsória (Lei 10.216/2001 que trata sobre a saúde mental). Com isso, insta destacar que, segundo a Lei, os internamentos compulsórios só ocorrem quando demandados

em torno da saúde mental, já no tocante aos usuários de álcool e drogas, ainda que ajuizadas ações de internamento, estas se compreendem como involuntárias.

Noutro giro, há Resolução nº 8, de 14/08/2019 emitido em Diário Oficial pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos Humanos, cujo dispõe em seu art. 25 que esta modalidade somente será compulsória quando proveniente de uma decisão da Justiça Criminal, quando da prática de um delito, sendo o único caso em que a Justiça deva determinar seu internamento.

Com isso, necessário se torna uma nova atualização legislativa a fim de contemplar estas lacunas a fim de saná-las para uma maior eficácia da atuação Ministerial e na garantia dos direitos fundamentais.

5.4. DA MODALIDADE VOLUNTÁRIA EM SAÚDE MENTAL

Como anteriormente visto, a Lei Federal 10.216/2001 manteve a necessidade de laudo médico circunstanciado⁶⁶ como requisito para a internação psiquiátrica voluntária, ainda definiu que o laudo deve ser assinado por profissional médico(a) devidamente registrado(a) no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento pretendido para realizar a internação⁶⁷.

Contudo, em se tratando de pacientes dessa natureza, de que forma se pode auferir o seu grau de discernimento no aceite ao tratamento?

Haja vista que pacientes nessa condição (saúde mental) torna-se cognitiva e emocionalmente vulnerável, pois sofre com a mudança da sua percepção de realidade. Por vezes, o indivíduo sequer nota a modificação, cabendo às pessoas próximas notar o desajuste. Seus efeitos, por atingir diversas áreas da vida do indivíduo, criam obstáculos que variam, por exemplo, da dificuldade no convívio social ao sofrimento mental. Uma das consequências dos transtornos neuropsiquiátricos é a redução ou perda da capacidade de tomar decisões, uma vez que a habilidade de autogoverno fica debilitada em vários níveis, a depender do diagnóstico. Considerando que o tratamento de saúde depende do consentimento do paciente, a complexidade dessa situação é evidente⁶⁸.

Nesse aspecto, caberia ao legislador promover uma atualização no bojo do internamento voluntário em saúde mental, pois, se há laudo médico certificando a necessidade de tratamento, significa que o paciente não possui integral condição de tomar decisões, caso contrário, sequer possuiria laudo para tratamento em saúde mental.

Assim, necessário trazer à Lei novas diretrizes em torno desta modalidade para se possa certificar a validade do aceite voluntário do paciente com laudo em saúde mental.

⁶⁶ Art. 6º da Lei 10.216/2001

⁶⁷ Art. 8º da Lei 10.216/2001

⁶⁸ <https://www.scielo.br/j/bioet/a/RQDqMx5bgfkJNMp6vj75MBt/?format=pdf>

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os internamentos psiquiátricos, seja em torno da saúde mental ou para tratamento de dependentes de álcool e drogas, passam pela pasta da saúde. Nessa toada, as Leis Federais e a Lei Estadual visaram definir as formas de internação e os métodos de fiscalização do Ministério Público, de modo que o paciente seja internado apenas quando outros meios não se mostrarem mais eficazes ao seu tratamento e para que o paciente tenha a devida proteção dos seus direitos fundamentais, como saúde, vida e liberdade.

Com isso, tem-se que somente na capital paranaense o número de internações por dia é alto e a modalidade pretendida é a involuntária, de forma massivamente superior às demais modalidades, o que merece atenção para que, embora o paciente tenha sido internado contra a sua vontade, a legalidade e formalidade do ato deve ser respeitada para que o internamento não incorra em abusos, ou até mesmo configure crime de cárcere privado.

Da leitura desses dados extraídos do sistema Protege, vinculado ao Ministério Público do Estado do Paraná, se denota a necessidade de um sistema de normas que otimizem a atuação ministerial e a garantia dos direitos fundamentais.

Assim, com base nas disposições legais não se confirma uma padronização de formalidades, ainda que envolvam a mesma pasta, saúde mental ou álcool e drogas. Com isso, necessário provocar novos debates em torno dos internamentos psiquiátricos para que se possa discutir a melhoria das leis que definem a legalidade e formalidade dos internamentos.

Nesse ínterim, embora o papel do Ministério Público seja fundamental para fiscalizar a legalidade dos internamentos, é imprescindível um corpo de normas que lhe sustentem a atuação, de modo que a liberdade e o tratamento de pacientes não podem conter lacunas.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ. **Consulta Projeto de Lei**. Disponível em: <https://consultas.assembleia.pr.leg.br/#/proposicao>. Acesso em 29 ago. 2023 às 07:00 hrs.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2023 às 19:00.

BRASIL. Lei 8080/1990. **Dispõe sobre o SUS**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm hrs.. Acesso em 05 jul. 2023 às 20:00

BRASIL. Lei 10.216/2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm hrs. Acesso em 20 jun. 2023 às 21:00 hrs.

BRASIL. Lei 11.343/2006. **Dispõe sobre Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 20 jun. 2023 às 20:00 hrs.

BRASIL. Lei 13.840/2019. **Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.** Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm. Acesso em 20 jun. 2023 às 22:00hrs.

BRASIL .**Portaria de Consolidação nº 03/2017.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.html. Acesso em 18 jul. 2023 às 15:00 hrs.

BRASIL. Portaria nº 2391/2002. **Regulamenta o controle das internações psiquiátricas involuntárias (IPI) e voluntárias (IPV) de acordo com o disposto na Lei 10.216, de 6 de abril de 2002, e os procedimentos de notificação da Comunicação das IPI e IPV ao Ministério Público pelos estabelecimentos de saúde, integrantes ou não do SUS.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/institucional/legislacao2/saude-mental/portarias/docs/portaria-gm-ms-2391-2002>. Acesso em: 21 jun. 2023 às 18:00hrs.

BRASIL .Resolução nº 8/2019. **Dispõe sobre soluções preventivas de violação e garantidoras de direitos aos portadores de transtornos mentais e usuários problemáticos de álcool e outras drogas.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-8-de-14-de-agosto-de-2019-212175346>. Acesso em 15 jul. 2023 às 15:30 hrs.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 30 jul. 2023 às 17:00 hrs.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados da I, II e III Jornada de Direito à Saúde.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 05 jul. 2023 às 22:00 hrs.

ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO. **35 anos da luta antimanicomial e o avanço da contrarreforma psiquiátrica.** Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/35-anos-da-luta-antimanicomial-e-o-avanco-da-contrarreforma-psiquiatica> Acesso em: 29 ago. 2023 às 09:00 hrs.

ESTADO DO PARANÁ. Lei 11.189/1995. **Dispõe sobre as condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cuidados com transtornos mentais.** Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=4261&indice=1&totalRegistros=1&dt=12.3.2020.14.23.55.322>. Acesso em 03 jul. 2023 às 19:00 hrs.

MENDONÇA, Suzana Maria. **Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/RQDqMx5bgfkJNMp6vj75MB-t/?format=pdf>. Acesso em 29 ago. 2023 às 14:30 hrs.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Atuação em saúde pública.** Disponível em: <https://mppr.mp.br/Atuacao-Saude-Publica>. Acesso em 25 ago. 2023 às 19:00 hrs.

_____. **Sistema Protege.** Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/saude/Pagina/SISTEMA-PROTEGE-Protecao-Pessoa-Acometida-de-Transtorno-Mental>. Acesso em 22 jul. 2023 às 18:00 hrs.

_____. **Dados do Sistema Protege – Plataforma de atuação.** Disponível em: <https://apps.mppr.mp.br/geoview/plataforma-atuacao/page/90>. Acesso em 27 ago. 2023 às 08:00 hrs.

O AUXÍLIO-ALUGUEL ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTIÇA SOCIAL?

AYUDAS AL ALQUILER A MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: UNA POLÍTICA PÚBLICA PARA LA JUSTICIA SOCIAL?

Faena Gall Gófas Meneghetti¹

Júlia Carolina Budde²

RESUMO

Objetiva-se desenvolver uma análise acerca da Lei nº 14.674/2023, que concede auxílio-aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica. Almeja-se identificar se o auxílio enquadra-se como política pública de justiça social, para efetivação do direito à igualdade, a partir das noções de reconhecimento e redistribuição, desenvolvidas por Nancy Fraser. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico. O auxílio-aluguel representa uma medida de rompimento com a cultura patriarcal, na medida em que ao conceder amparo financeiro à vítima, possibilita que essa deixe de conviver com o agressor, apresentando-se como política pública de igualdade a partir da justiça social.

Palavras-chave: auxílio-aluguel; justiça social; violência doméstica.

¹ Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra em Direitos Emergentes na Sociedade Global pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul - UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA Cachoeira do Sul. Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 93.344. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9494773347925623>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0083-7698>

² Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista de iniciação científica PRO-BIC/FAPERGS, com o projeto: “Aprimoramento dos programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Leal. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. Secretária da Diversidade e da Cultura no Diretório Acadêmico Germano Fell do Curso de Direito da UNISC. E-mail: budde_julia@yahoo.com.br/budde1@mx2.unisc.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8934-543X>

RESUMEN

El objetivo es desarrollar un análisis de la Ley n° 14.674/2023, que concede ayudas de alquiler a mujeres víctimas de violencia doméstica. El objetivo es identificar si la ayuda encaja como política pública de justicia social, para implementar el derecho a la igualdad, a partir de las nociones de reconocimiento y redistribución, desarrolladas por Nancy Fraser. Se utiliza el enfoque deductivo y el método del procedimiento analítico. La ayuda al alquiler representa una medida de ruptura con la cultura patriarcal, en cuanto que al otorgar apoyo financiero a la víctima, le permite dejar de vivir con el agresor, presentándose como una política pública de igualdad basada en la justicia social.

Palabras clave: asistencia para el alquiler; justicia social; la violencia doméstica.

É inegável que as mulheres, ao longo da história, têm sido alvo de diferentes formas de discriminação em decorrência do gênero, a qual apresenta-se como um fenômeno estrutural, enraizado nos valores que permeiam a sociedade, sendo a violência doméstica uma delas, enquanto reflexo de uma sociedade machista e patriarcal, que naturaliza a ideia de que o homem tem poder sobre a mulher.

É nesse sentido que o trabalho visa elucidar a necessidade de uma mudança cultural, que valorize e respeite a autonomia e integridade das mulheres, a qual passa, num primeiro momento, pelo reconhecimento das mulheres enquanto minorias sociais e, por conseguinte, pela consecução de políticas públicas de amparo, voltadas à valorização da mulher e ao rompimento com a cultura machista da discriminação, ou seja, políticas de redistribuição.

Nesse contexto, pretende-se desenvolver uma análise acerca da Lei n° 14.674/2023, que concede auxílio-aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, enquanto política pública capaz de promover justiça social, a partir das noções de reconhecimento e redistribuição, com base na teoria desenvolvida por Nancy Fraser. Assim, questiona-se: É possível identificar a Lei n° 14.674/2023 enquanto política pública de justiça social?

Visando encontrar respostas ao problema apresentado, utilizou-se o método dedutivo, e o trabalho dividiu-se em dois tópicos. Em um primeiro momento disserta-se sobre os aspectos teóricos e conceituais concernentes à temática, apresentando a concepção da efetivação do direito à igualdade a partir das noções de reconhecimento e redistribuição.

Na sequência passa-se a analisar a Lei n° 14.674/2023, que concede auxílio-aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, demonstrando-se dados que justificam a sua necessidade, como medida de justiça social, de efetivação de Direitos Humanos e do direito à igualdade, em consonância com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É diante das diversas formas de discriminação para com as mulheres, que se pode denominar tal fenômeno como o de um fenômeno estrutural, o qual se enraíza

em valores que permeiam a sociedade desde muitos anos. A violência doméstica pode ser usada de exemplo, tendo em vista que serve como reflexo de uma sociedade não só com diretrizes e pensamentos machistas, mas também patriarcal, que naturaliza a ideia de que o homem tem poder sobre a mulher.

Dessa forma, se estabelece uma necessidade quanto a efetivação do direito à igualdade, bem como de uma mudança cultural de forma que a autonomia e integridade das mulheres seja integrada.

Têm-se, nesse sentido que a igualdade nos direitos fundamentais, prevista, no Brasil, no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), implica no reconhecimento do valor igual atribuído a todas as diferenças que tornam cada indivíduo único. Isso resulta na possibilidade de aceitação e valoração de diversas identidades, e não apenas na declaração teórica de igualdade. Historicamente, os seres humanos são equivalentes entre si na medida em que são associados apenas com homens, cidadãos, brancos, alfabetizados e proprietários, ignorando-se as diferenças, de fato e de direito, das mulheres, dos negros, dos analfabetos e daqueles sem propriedades (Ferrajoli, 2008).

Com efeito, esta desigualdade não é natural, mas surge como produto de uma histórica estruturação social. Assim, para que estes grupos vulneráveis, como é o caso das mulheres, possam exercer seus direitos em condições de igualdade, medidas e ação estatais devem ser emitidas, para que não haja a violação do direito à igualdade por parte do legislador, o que ocorre se: i) continuar omitindo, ii) retroceder arbitrariamente naquilo que feito, ou se iii) o que é feito por ação é insuficiente ou defeituoso. Consequentemente, a exigência de igualdade apresenta-se como uma exigência de não dominação ou de não submissão e implica um olhar crítico sobre a igualdade interpretada (Aldao; Clérico, 2011, p. 165).

Primeiramente, reivindica-se por igualdade, através da justiça social na “política do reconhecimento”, ante a aceitação das diferenças. Pode-se citar as reivindicações do reconhecimento das características de minorias sexuais, étnicas, raciais e de gênero, enquanto paradigma de um novo conceito de justiça, o qual pressupõe o reconhecimento central de sua identidade coletiva e o respeito às características que os unem culturalmente (Fraser, 2006).

Com efeito, a injustiça de gênero centra-se no androcentrismo, que diz respeito a construção de normas que privilegiam características associadas à masculinidade. Além disso, destaca-se o sexismo cultural, que se manifesta na desqualificação generalizada das coisas consideradas femininas, principalmente em relação às mulheres (Fraser, 2006).

É nesse contexto que as diferenças são desvalorizadas e as mulheres enfrentam numerosos obstáculos sociais e culturais que as prejudicam em relação aos homens, tornando a busca pela igualdade algo banal. Assim, é necessário desenvolver garantias que levem em consideração essas barreiras e abordem como elas perpetu-

am a discriminação com base no gênero (Ferrajoli, 2006). A quebra desse paradigma decorre da insurgência de normas que valorizem e amparem as mulheres, principalmente em situações de vulnerabilidade, como nos casos de violência doméstica.

Isso porque, uma interpretação meramente formal da igualdade ou mesmo como igualdade jurídico-material tem o defeito de esconder, por trás do princípio da igualdade perante a lei, uma série de desigualdades materiais e simbólicas que não correspondem aos exigentes pressupostos normativos da democracia (Aldao; Clérico, 2011). A distinção de gênero justifica tratamentos diferenciados sempre que a igualdade desses resultar em prejuízos para as mulheres em relação aos seus direitos de autodeterminação e aos interesses ligados à sua identidade feminina (Ferrajoli, 2006, p. 27-28), como é o caso das políticas públicas em prol da proteção das mulheres.

Já o paradigma da redistribuição almeja combater as injustiças socioeconômicas através de mudanças na estrutura econômica da sociedade, com a redistribuição de renda e riqueza. Esse paradigma engloba tanto as abordagens que buscam alterar os resultados econômicos sem mudar os mecanismos subjacentes, chamadas de “afirmativas”, quanto as transformadoras, que buscam mudar também os problemas estruturais econômicos (Fraser, 2006, p. 23).

A ideia de igualdade como redistribuição originou-se com a busca em conciliar a liberdade individual do liberalismo com as demandas igualitárias da social-democracia. A atual situação de desigualdade é normalizada e impede o acesso aos recursos materiais por parte daqueles que não estão nos grupos dominantes, o que intensifica as diferenças entre ricos e pobres. Isso gera um ciclo vicioso em que a igualdade formal não consegue alterar a desigualdade de propriedade, dificultando o acesso dos trabalhadores e despossuídos à participação política. Nesse sentido, propõe-se a redistribuição de renda ou riqueza, redistribuição da divisão do trabalho e a reestruturação da propriedade privada e da empresa, entre outros (Aldao; Clérico, 2011, p. 167).

Em casos de injustiças decorrentes de violência doméstica percebe-se a necessidade tanto do reconhecimento quanto da redistribuição. Nesse sentido enquadra-se a Lei nº 14.674/2023, na medida em que visa a concessão de auxílio-aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, apresentando-se como uma política que visa equilibrar as desigualdades sociais decorrentes da violência doméstica. Ao oferecer um auxílio financeiro específico para as mulheres vítimas, a Lei está contribuindo para diminuir o abismo existente entre os direitos das vítimas e as injustiças sofridas (Brasil, 2023).

A Lei nº 14.674/2023, representa uma iniciativa de ruptura com a perspectiva histórica que ainda perpetua discriminações explícitas e implícitas contra as mulheres, as quais continuam a enfrentar violações de direitos, inclusive sobre sua integridade física. É incontestável que a violência contra a mulher impacta não apenas a vítima direta, mas toda a família, especialmente os filhos. Essa forma de violência causa sofrimento tanto

físico quanto psicológico, configurando-se assim como uma clara violação dos Direitos Humanos (Mello; Bordinhão, 2023). Nesse contexto, a implementação da política de auxílio-aluguel destaca a necessidade de medidas concretas para proteger e amparar as mulheres em situação de vulnerabilidade, contribuindo para a construção de uma sociedade mais igualitária e livre de violência de gênero (Brasil, 2023).

A Lei nº 14.674/2023 é uma norma que se classifica justamente como medida de proteção aos Direitos Humanos violados, visto que visa proteger mulheres afastadas do lar em situação de vulnerabilidade social e econômica. Além disso, destaca-se a importância da medida, ante a preocupação com o período que ocorre após a mulher ser agredida e muitas vezes obrigada a se afastar do lar (Brasil, 2023).

Destaca-se, ainda, que a Lei se enquadra nas preocupações de instituições como o Comitê Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), o qual tem priorizado a eliminação da violência de gênero contra as mulheres. Suas atividades têm gerado profundo impacto social e político, contribuindo para o reconhecimento da violência de gênero contra as mulheres que, consequentemente, violam os Direitos Humanos e demonstram a necessidade de adoção de Leis e políticas para enfrentá-la (Cedaw, 2019).

Além disso, cumpre destacar, conforme indicado em Cedaw, 2019, p. 18 que:

Em muitos Estados, a legislação sobre violência de gênero contra as mulheres permanece inexistente, inadequada e/ou mal aplicada. Erosão dos quadros jurídicos e políticos para eliminar a discriminação ou a violência de gênero – geralmente justificada pela tradição, pela cultura, pela religião ou pelas ideologias fundamentalistas – e reduções significativas nos gastos públicos, muitas vezes como parte de “medidas de austeridade” após crises econômicas e financeiras, enfraquecem ainda mais as respostas do Estado. No contexto da diminuição dos espaços democráticos e consequente deterioração do Estado de Direito, todos esses fatores somados contribuem para a disseminação da violência de gênero contra as mulheres e conduzem a uma cultura de impunidade (Cedaw, 2019, p. 18).

Evidencia-se, assim, a importância da criação do auxílio-aluguel às vítimas de violência doméstica, que se apresenta como forma de proporcionar igualdade de gênero, oportunizando um meio de proteção e segurança à vítima de violência doméstica.

Cumpre destacar que, no Brasil, conforme dados do Governo Federal, há mais de 31 mil denúncias de casos de violência doméstica ou familiar contra as mulheres, até julho do ano de 2022, dispondo que a maioria das vítimas de violência doméstica toleram a violência psicológica até que ocorra a primeira agressão física, e somente após a sua ocorrência, realizam a denúncia (Brasil, 2022).

Neste viés, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em pesquisa divulgada em 2021, no ano de 2019, 30,4% dos homicídios contra mulheres ocorreram dentro de casa, em consequência da predominância da cultura machista ainda presente no país (Brasil, 2021). Assim, justificam-se medidas eficazes que acolham as vítimas de forma integral, tornando a mulher independente e desconstruindo a visão de submissão em relação ao homem. Busca-se, também, o devido amparo à vítima de violência doméstica psicológica, para que não se sinta condicionada a conviver com o agressor pela instabilidade emocional ou pela dependência financeira. Desta forma, se faz necessário que o Estado assuma e cumpra com a responsabilidade de proporcionar condições de superação e redução de ocorrências de violência deste tipo.

Nesse sentido, com relação à criação da Lei, essa por sua vez, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva e garante, por até seis meses, o pagamento de auxílio-aluguel às vítimas de violência doméstica. Com efeito, a legislação inclui o auxílio-aluguel entre as medidas protetivas de urgência definidas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e estabelece que a assistência financeira será de acordo com a “situação de vulnerabilidade social e econômica” da vítima, sendo custeada por estados e municípios, através do Sistema Único de Assistência Social – SUAS (Brasil, 2023).

Quanto ao texto da Lei, em seu artigo segundo, estipula que o benefício deverá ser concedido por um juiz, bem como garante que o pagamento do auxílio-aluguel seja custeado mediante recursos do próprio Estado, Distrito Federal e pelos Municípios, conforme:

Art. 2º As despesas com o pagamento do auxílio-aluguel de que trata o inciso VI do caput do art. 23 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), poderão ser custeadas com recursos oriundos de dotações orçamentárias do Sistema Único de Assistência Social a serem consignados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para os benefícios eventuais da assistência social de que tratam o inciso I do caput do art. 13, o inciso I do caput do art. 14, o inciso I do caput do art. 15 e os arts. 22 e 30-A da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Brasil, 2023).

Destaca-se, ainda, que a Lei foi assinada em conjunto com a Ministra Cida Gonçalves e possui a perspectiva de valor de auxílio-moradia de R\$ 600,00 às mulheres vítimas de violência doméstica que tenham a renda per capita de até um terço do salário-mínimo (Brasil, 2023).

Ressalta-se a necessidade da política pública em face da constatação do resultado do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), organismo vinculado à ONU, o qual indica que 84,5% das pessoas no Brasil têm pelo menos um tipo de preconceito contra as mulheres, e os piores indicadores se referem à integridade física (PNUD, 2023).

Ainda, reitera-se a importância de se estabelecer o conceito de vulnerabilidade atribuído às mulheres vítimas de violência doméstica, as quais, muitas vezes, sofrem de vulneração, que decorre do contexto de desigualdade social e do histórico de repressão e subordinação a que se expõem. Tal situação traz a necessidade da articulação de esforços para a superação dessas desigualdades que as vulneram, adotando, com esse intento, práticas preventivas sociais apoiadas a um conceito de risco (Brasil, 2010).

Trata-se de uma rede de cuidados e de proteção social, formada pelas políticas sociais de assistência social e de Direitos Humanos, articuladas com os sistemas de justiça e de segurança pública que formam a criação da Lei nº 14.674/2023, a qual apresenta-se como medida de reconhecimento, uma vez que reconhece a característica intrínseca da vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica, e de redistribuição, ao passo que almeja conceder amparo social visando o rompimento da situação de injustiça de gênero, ou seja, como paradigma da justiça social (Brasil, 2023)

Por conseguinte, torna-se possível concluir que o benefício auxílio-aluguel foi alçado à categoria de medida protetiva de urgência e, portanto, segue a normativa prevista na Lei Maria da Penha (Brasil, 2006).

Ademais, o referido auxílio encontra-se em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que reconhece, em especial, os casos de violência de gênero, conforme demonstrado:

Recién a partir de 2006 la Corte IDH dictó sentencia en seis casos sobre violencia de género. Sin embargo, en defensa de la Comisión, se podría argumentar que la Corte IDH bien pudo haber desarrollado la perspectiva de género en otros casos antirores al 2006 an cuando la CIDH no la hubiera presentado los casos como violaciones a los derechos de las mujeres (Clérico; Novelli; 2014, p. 15)

Desse modo, destaca-se o dever do Estado (dentre outros) de prevenir e sancionar, a partir do poder de decisões da Corte IDH, a qual apresenta-se:

[...] como órgão de jurisdição internacional, isto é, como órgão com competência para processar e julgar os casos contenciosos levados ao seu conhecimento, referentes a violações de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, podendo, assim, condenar os Estados, impondo penalidades e determinando a adoção de medidas a serem cumpridas (Leal; Lima, 2021, p. 36).

Diante disso, enfatiza-se o dever dos Estados de prevenir, investigar e sancionar atos, nesse caso, de violência doméstica. Inclui-se, assim, a obrigação de adotar medidas legislativas e administrativas eficazes para evitar a impunidade de agres-

sores e a continuidade das agressões. Além disso, pode-se considerar que a Lei em comento reflete o dever de proteção que os Estados possuem de tomar medidas para proteger as vítimas de violência doméstica, envolvendo a emissão de ordens de restrição, fornecimento de abrigos seguros e o treinamento de pessoal para aplicação da Lei, por exemplo. Frisa-se que, além de proteger, deve ser considerado o dever de assistir, ao passo em que também devem ser oferecidas medidas de assistência adequada às vítimas que sofrem de violência doméstica e que podem ser atribuídas mediante apoio psicológico, orientação jurídica, cuidados médicos e programas de reintegração social.

As referidas medidas justificam-se pelo dever de proteção e não discriminação, defendido pela Corte IDH:

La CIDH ha sostenido que la violencia contra las mujeres es una clara manifestación de la discriminación en razón de género; la ha descrito como un problema de derechos humanos; y se ha pronunciado sobre su impacto en el ejercicio de otros derechos. Ha reconocido las manifestaciones de la violencia contra las mujeres por agentes estatales, como por particulares bajo la tolerancia o aquiescencia del Estado en el contexto de conflictos armados. Las situaciones de violencia van desde la explotación, el abuso sexual, hasta la violación por los actores de los conflictos armados en su lucha por controlar territorio y recursos económicos (Clérico; Novelli; 2014, p. 25).

Dessa forma, a Corte IDH destaca a importância de tratar todas as vítimas de violência doméstica com igualdade, independentemente de gênero, orientação sexual, raça, etnia ou qualquer outra característica pessoal, tratando a discriminação contra as vítimas como inaceitável.

Ademais, cumpre ressaltar que a Lei nº 14.550/2023 permite o deferimento do auxílio-aluguel mesmo que a vítima não registre Boletim de Ocorrência, bem como sendo dispensada a tipificação da violência e não há necessidade de que tenha sido instaurado inquérito ou processo criminal para que a vítima tenha direito ao benefício, conforme:

Art. 1º O art. 19 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

[...] § 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência.

[...] Art. 2º A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 40-A:

“Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no

seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida [...] (Brasil, 2023).

Assim, constatada a situação de violência, nos autos da medida protetiva de urgência, a autoridade determinará a inclusão da vítima em programa que lhe assegure pagamento do benefício.

A Lei nº 14.674/2023 desempenha um papel crucial na promoção da justiça social ao reconhecer e abordar a vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica. Denota-se a sua aproximação com as noções de reconhecimento e redistribuição, uma vez que não apenas reconhece a vulnerabilidade, mas também busca redistribuir recursos, exemplificado pelo auxílio-aluguel previsto. Essa medida representa um avanço significativo na superação das desigualdades de gênero, estabelecendo uma rede abrangente de cuidados e proteção social. A abordagem integrada da legislação representa um modelo holístico para enfrentar efetivamente os desafios associados à injustiça de gênero, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Conforme exposto, torna-se inegável afirmar que as mulheres serviram para somar diversos casos de discriminação em decorrência do gênero, fenômeno apresentado como sendo estrutural, ou seja, enraizado em valores da sociedade. Têm-se, nesse sentido, diversas situações que servem de exemplo de uma sociedade machista e patriarcal, que naturaliza a ideia de que o homem tem poder sobre a mulher, como por exemplo, a violência doméstica.

Denota-se, pois a necessidade de uma mudança cultural, que valorize e respeite a autonomia e integridade das mulheres, enquanto forma de reconhecimento das mulheres enquanto minorias sociais. Daí que entra a importância da consecução de políticas públicas de amparo, voltadas especialmente à valorização da mulher e ao rompimento com a cultura da discriminação, sendo essas representadas por políticas de redistribuição.

Nesse sentido, a abordagem articulada de reconhecimento e redistribuição emerge como uma resposta significativa e abrangente para a persistente problemática da discriminação de gênero, evidenciada de maneira aguda na violência doméstica. A necessidade premente de mudanças culturais fundamentais, que valorizem a autonomia e a integridade das mulheres, encontra respaldo na interconexão desses dois paradigmas.

O reconhecimento da condição de minoria social das mulheres, aliado à implementação de políticas públicas como a Lei nº 14.674/2023, não apenas sinaliza uma busca por justiça social na aceitação das diferenças, mas também representa um passo crucial na direção da redistribuição, proporcionando amparo econômico às vítimas de violência doméstica (Brasil, 2023).

Torna-se possível concluir, ao combinar a visão de Fraser sobre os paradigmas de reconhecimento e redistribuição, a legislação em questão se destaca como uma medida que não apenas reconhece a vulnerabilidade intrínseca das mulheres nesse contexto, mas também busca redistribuir recursos para garantir o apoio necessário. Diante dos alarmantes índices de preconceito e desigualdade, a Lei nº 14.674/2023, ao prever o auxílio-aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, assume um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa e equitativa, representando um avanço significativo na superação das desigualdades de gênero em prol da justiça social. A rede de cuidados e proteção social delineada por esta legislação materializa a convergência dos esforços necessários para a transformação efetiva do cenário de violência doméstica, estabelecendo-se assim como um modelo integrado e holístico de abordagem aos desafios que permeiam a injustiça de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDAO, Martín; CLÉRICO, Laura. **La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derecho Humanos**. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 9, nº 1, pp. 157- 198, 2011.

BRASIL. **Lei nº 14.550 de 19 de abril de 2023**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 ABR. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14674.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.674 de 14 de setembro de 2023**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 SET. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14674.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Documento base para gestores e trabalhadores do SUS/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização**. Brasília: MS, 2010.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>>. Acesso em 30 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Violência contra a mulher aumentou no último ano, revela pesquisa do Datasenado**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contra-amulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datsenado>> Acesso em 02 abr. 2023.

CLERICO, Laura; NOVELLI, Celeste. **La violencia contra las mujeres en las Producciones de la Comisión y La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2019, p. 15-70. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000100002&script=s-ci_arttext. Acesso em: 04 dez. 2023.

CEDAW. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher . **Observatório de Gênero, 2019**. Disponível em: <http://www.observatorio-degenero.gov.br/eixo/internacional/instancias-regionais/o-comite-cedaw-2019-comite-para-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher>. Acesso em: 22 nov. 2023

FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. In: FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel. **Igualdad y diferencia de género**. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**. Tradução de Julio Assis Simões. Cadernos de Campo (São Paulo – 1991), v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

FRASER, Nancy. **La justicia social em la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación**. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. In: Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico. Madrid: Morata, 2006, pp. 149-175.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. **A atuação da corte interamericana de direitos humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2934/1/Sabrina%20Santos%20Lima.pdf>. Acesso em: 06 maio 2023.

MELLO, Cleyson de Moraes; BORDINHÃO, Patrícia. **Desigualdade de Gênero, igualdade, violência de gênero, direitos humanos**. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Novos dados mundiais do PNUD mostram que preconceitos de gênero continuam enraizados**. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/brazil/news/novos-dados-mundiais-do-pnud-mostrar-que-preconceitos-de-genero-continuam-enraizados>. Acesso em: 16 out. 2023.

O DIREITO À GRATUIDADE DE TRANSPORTE E O ESTATUTO DA PESSOA IDOSA: UMA FERRAMENTA PARA EFETIVAR A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

EL DERECHO AL TRANSPORTE GRATUITO Y EL ESTATUS DE LAS PERSONAS MAYORES: UNA HERRAMIENTA PARA MEJORAR LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO

*Emanuela Guimarães Barbosa
Gilsilene Passon P. Francischetto*

RESUMO

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística destacou que o grupo etário correspondente à pessoa idosa representava, no ano de 2022, o percentual de 15,83% da população brasileira, quantitativo que corresponde a um crescimento de 46,6% da população idosa no país quando em comparação com os números levantados no último censo demográfico realizado no ano de 2010, quando a população idosa no Brasil correspondia ao percentual de 10,8% da população brasileira (IBGE, 2023). Os dados reforçam o reconhecimento de que é necessário o Estado priorizar a pessoa idosa de forma a projetar e planejar políticas públicas de proteção, manutenção, implementação e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa idosa dentre os quais destacamos o direito ao transporte. A presente pesquisa tem como objetivo analisar o direito social ao transporte como uma ferramenta para efetivar outros direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, a saúde e o lazer. O método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa baseou-se numa revisão bibliográfica e dos dispositivos legais sobre o tema, fatores que nos permitiram conhecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso associando os mesmos às necessidades das pessoas idosas e às obrigações vinculadas à sociedade e ao Poder Público em busca de suprir essas necessidades. Analisar o direito ao transporte de forma associada aos direitos da pessoa idosa é de fundamental importância e tal análise ganha força diante do reconhecimento de que os direitos fundamentais de tais pessoas são constantemente violados. Esse trabalho buscou construir um elo entre os direitos fundamentais e os outros direitos da pessoa idosa ao defender o transporte enquanto direito fundamental-meio de acesso a outros direitos como à liberdade, o lazer, à saúde e à própria dignidade da pessoa humana. Falar em garantia constitucional de acesso ao transporte significa falar em efetivação de outros direitos fundamentais pois, sem a efetivação do direito social ao transporte, direitos como a liberdade de ir e vir, a igualdade e porque não o próprio objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de solidariedade, inserido no inciso I do Art. 3º da Constituição Federal, estariam sendo violados.

Palavras-chave: transporte; pessoa idosa; efetividade; direito fundamental-meio.

RESUMEN

El Instituto Brasileño de Geografía y Estadística destacó que el grupo etario correspondiente a las personas mayores representaba, en el año 2022, el porcentaje del 15,83% de la población brasileña, cifra que corresponde a un crecimiento del 46,6% de la población mayor en el país en comparación con los números recopilados en el último censo demográfico realizado en el año 2010, cuando la población mayor en Brasil representaba el 10,8% de la población brasileña (IBGE, 2023). Los datos refuerzan el reconocimiento de que es necesario que el Estado priorice a las personas mayores para proyectar y planificar políticas públicas de protección, mantenimiento, implementación y efectivización de los derechos fundamentales de las personas mayores, entre los cuales destacamos el derecho al transporte. El objetivo de esta investigación es analizar el derecho social al transporte como una herramienta para efectivizar otros derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la salud y el ocio. El método utilizado fue el deductivo y la técnica de investigación se basó en una revisión bibliográfica y de los dispositivos legales sobre el tema, factores que nos permitieron conocer los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal y en el Estatuto del Anciano, asociándolos con las necesidades de las personas mayores y las obligaciones vinculadas a la sociedad y al Poder Público en busca de satisfacer esas necesidades. Analizar el derecho al transporte asociado con los derechos de las personas mayores es de vital importancia y esta análisis cobra fuerza ante el reconocimiento de que los derechos fundamentales de estas personas son constantemente violados. Este trabajo buscó construir un vínculo entre los derechos fundamentales y otros derechos de las personas mayores al defender el transporte como un derecho fundamental-medio de acceso a otros derechos como la libertad, el ocio, la salud y la propia dignidad de la persona humana. Hablar de la garantía constitucional de acceso al transporte significa hablar de la efectivización de otros derechos fundamentales, ya que sin la efectivización del derecho social al transporte, derechos como la libertad de movimiento, la igualdad y, por qué no, el propio objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil de solidaridad, insertado en el inciso I del Art. 3 de la Constitución Federal, estarían siendo violados.

Palabras clave: transporte; persona mayor; efectividad; derecho fundamental-medio.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2022, o censo demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apontou que a população de pessoas idosas residentes no país cresceu 56% quando em comparação com o censo anteriormente realizado no ano de 2010 (IBGE, 2023). Vivemos uma realidade social em que o número de pessoas idosas no Brasil está em uma crescente, razão pela qual nos propomos a pensar os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal com foco no direito fundamental social ao transporte como uma ferramenta para efetivar a liberdade de locomoção sob a ótica pretendida pelo Estatuto da pessoa idosa.

Ao realizar a análise da estrutura etária da população brasileira, o IBGE constatou que o Brasil tem vivenciado o envelhecimento da sua população em decorrência do reconhecimento de que a população mais jovem representa, na atualidade um

percentual de menor proporção da população total frente ao grupo de adultos e pessoas idosas (IBGE, 2023). Entendemos que tal fator é suficiente para demonstrar a essencialidade do debate que propomos acerca do reconhecimento e da efetivação dos direitos fundamentais desse grupo social.

Entretanto, aliado a esse fator numérico precisamos internalizar a necessidade de se aprofundar o debate jurídico no campo da luta pela efetivação dos direitos, principalmente por entendermos que a pessoa idosa tem o direito de usufruir de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana como qualquer outro indivíduo.

É com base nessas premissas que nos propomos a trabalhar a temática do direito fundamental social ao transporte associada aos direitos previstos no Estatuto da pessoa idosa, principalmente no que se refere a sua gratuidade, tendo em vista que o transporte, dentre vários direitos fundamentais, tem sido pensado como meio para acesso a outros direitos. No que se refere especificamente ao direito da pessoa idosa o direito ao transporte necessita ser pensado como uma ferramenta para a efetivação da liberdade de locomoção, que por sua vez atua diretamente sobre outros direitos fundamentais como a saúde e o lazer, bem como a dignidade da pessoa humana enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Reconhecer que valores como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana estão na base da evolução pretendida pelo constitucionalismo na busca pelo reconhecimento e implementação de direitos humanos nos remete ao problema proposto na presente pesquisa que é pensarmos o direito ao transporte com um meio de acesso a efetivação de outros direitos. Problemática representada pelo seguinte questionamento: O direito fundamental social ao transporte pode ser compreendido como um direito fundamental-meio para o acesso a outros direitos fundamentais da pessoa idosa?

A presente pesquisa, em busca de responder ao questionamento proposto acima, desenvolveu-se por meio do uso de método científico que se realizou principalmente pela utilização de fontes bibliográficas e jurisprudenciais sobre o tema. Tal método nos permitiu analisar alguns conceitos e definições, locais de onde tivemos informações capazes de nos permitir chegar a uma conclusão acerca da possibilidade ou não de reconhecermos o direito fundamental social ao transporte como direito meio à efetivação de outros direitos da pessoa idosa no Brasil.

2 OS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração ou dimensão, surgiram no século XIX após a Revolução Industrial em resposta aos efeitos da indus-

trialização e do reconhecimento de que a “Bela Época”, de forma seletiva, trouxe prosperidade econômica apenas para uma pequena parcela da população mais rica em contraponto aos problemas sociais reais vivenciados pela maior parte da população mais pobre que vivia uma realidade de fome, desemprego e condições precárias e desumanas de vida (Marmelstein, 2018, p. 46-47).¹

A luta por reconhecimento e implementação dos direitos sociais decorrem basicamente da constatação de que o *laissez-faire*², pautado no liberalismo econômico, deixou um legado social de exclusão e desigualdade, fatores que aliados às penosas condições de trabalho fomentaram os movimentos de insatisfação social e a busca por melhores condições de vida e trabalho. A realidade social vivenciada à época, de exclusão e desigualdade, aliada à realidade dos trabalhadores, fundamentou o surgimento da teoria socialista de Marx defendendo basicamente a necessidade de união entre os trabalhadores do mundo todo em busca de tomar o poder, postura que aliada à realidade social desvelava um Estado e um modelo político-econômico que não mais supria as necessidades da coletividade (Marmelstein, 2018, p. 46-47).

Eis que surge o *welfare state*, conhecido como Estado de bem-estar social, em que apesar de se apresentar como um modelo político de forma capitalista surge comprometido com a promoção do bem-estar social fundamentado na igualdade social e na garantia de condições básicas de dignidade.

Importante ressaltar que o Estado de bem-estar social não surge comprometido apenas com as questões e direitos trabalhistas, ele surge compromissado também com os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, assim considerados aqueles ligados às necessidades básicas dos indivíduos independentemente de sua qualidade de trabalhador (Marmelstein, 2018, p. 48), fator tido por essencial eis que aos indivíduos somente é possível fazer escolhas livres, justas e corretas com as condições básicas de vida devidamente supridas.

Visando esse cenário buscado pelo Estado de Bem-estar social e as disposições constitucionais, inseridas no nosso texto constitucional podemos aferir que a titularidade dos direitos fundamentais é destinada a todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas aos direitos sociais.

¹ Em contraponto a teoria de que a crise do Estado liberal foi o estopim do surgimento dos direitos sociais temos que as prestações do Estado, enquanto direitos sociais, foram garantidas a partir das primeiras Constituições e Declarações dos séculos XVIII e XIX, antes da referida crise do Estado liberal.

² A expressão “*laissez-faire, laissez-passer*” que significa “deixar fazer, deixar passar” é decorrência da teoria da “mão invisível” do mercado proposta por Adam Smith no seu livro *A riqueza das nações* e representa uma função atribuída ao Estado durante a luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais a liberdade, tidos como direitos de primeira geração, que pugna pelo reconhecimento de que cabe ao Estado a função de proteger a propriedade e garantir a segurança dos indivíduos ao tempo em que deve permitir o pleno e livre desenvolvimento das relações econômicas e sociais, fatores que desencadearam desigualdade e exclusão social, base do surgimento das reivindicações dos direitos fundamentais de segunda geração (Marmelstein, 2018, p. 40-45).

Abordando os aspectos dos direitos sociais a níveis constitucionais destacamos que os primeiros documentos constitucionais que trouxeram em seus textos a positivação dos direitos sociais foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, constituições que representam marcos jurídicos importantes no contexto do reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais sociais.

As Constituições do México e de Weimar configuram marcos históricos importantes também para a realidade brasileira eis que influenciaram a inserção formal dos direitos fundamentais sociais à educação e trabalhistas no texto constitucional de 1934.

Apesar de ter havido a incorporação formal dos direitos sociais na Constituição de 1934, considerada pioneira no âmbito brasileiro quando da garantia formal de um Estado Social, ressaltamos que o reconhecimento e a incorporação dos direitos sociais na linguagem dos direitos fundamentais não ocorreram nesse momento histórico. Nesse sentido, Thiago dos Santos Acca (2013, p. 19) nos alerta para o fato de que “os direitos sociais incluídos expressamente na Constituição de 1934 foram o direito à educação e uma série de direitos trabalhistas, mas não o direito à saúde e à moradia”.

Tais fatores nos permitem concluir que, durante a Era Vargas, apesar de termos configurada a formalização dos direitos sociais em texto constitucional tal previsão se apresenta de forma bastante insípida e distante do cenário ideal eis que pouco se discutia acerca de direitos sociais enquanto moradia, saúde ou mesmo educação. A principal abordagem dos direitos sociais à época se limitou a uma ampla discussão acerca da criação da justiça do trabalho. Tais questões reforçam a compreensão de que havia um longo caminho a ser percorrido para alcançarmos o cenário ideal de proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, cenário que nos dias atuais consideramos ainda como não alcançado.

2.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DADO AOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA FUNDAMENTABILIDADE

Antes de abordar especificamente o tratamento constitucional dado aos direitos sociais e a sua fundamentabilidade entendemos necessário trabalhar a distinção existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

A distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais foi elaborada pela doutrina germânica de forma que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pela autoridade política, a quem compete o poder de editar as normas nos planos nacional e internacional (COMPARATO, 2019, p. 57-58).

Especificamente no caso do Brasil é preciso analisar a definição constante no §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 por reconhecer o *status* de emenda constitucional somente aos tratados e convenções internacionais sobre direitos huma-

nos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Fábio Comparato (2019, p. 58) explana que tal previsão, inserida no texto constitucional pelo Poder Constituinte Derivado Reformador por meio da EC nº 45/2004, referencia uma busca pela manutenção, no Brasil, “do seu tradicional privilégio de impunidade ao desrespeitar os direitos humanos dos mais fracos e pobres” e representar um retrocesso diante do princípio da supremacia absoluta da norma imperativa de direito internacional geral além de configurar uma violação expressa ao disposto no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030/2009.

O artigo 53 do Decreto nº 7.030/2009 reconhece, na Seção 2, serem nulos os tratados elaborados “em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)”. Por norma imperativa de direito internacional geral entenda-se “a norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo” de forma que “nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (BRASIL, 2009).

Nesse trabalho adotar-se-á o conceito de direitos humanos fundamentais sob a perspectiva trabalhada por Fábio Comparato (2019, p. 62-63) no sentido de que “é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”, razão pela qual concluímos que no Brasil são direitos fundamentais os direitos humanos que estão na carta constitucional de 1988.

É inegável que os direitos fundamentais “encontram-se submetidos a um regime jurídico-constitucional unificado, que lhes imprime uma força jurídica diferenciada e qualificada na arquitetura constitucional”. Reconhecer os direitos sociais como sendo parte dos direitos fundamentais representa dizer que não há “diferenças substanciais quanto aos direitos sociais e os demais direitos fundamentais” (SARLET, 2017, p. 670) tese com a qual concordamos e defendemos.

O viés da fundamentalidade dos direitos fundamentais ganhou impulso nas esferas internacionais após a Segunda grande Guerra Mundial quando, em decorrência dos atos bárbaros praticados e atentatórios à vida humana, ponderou-se a necessidade de reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor supremo e requisito à validação e legitimação das condutas praticadas por parte dos poderes constituídos.

Especificamente no que se refere ao tratamento constitucional dado aos direitos sociais destacamos, preliminarmente, o sentimento de que apesar da Constituição de 1988 surgir recheada de ideologias, dentre as quais merecem destaque as que

buscam a redução das desigualdades sociais, as que lutam pelo reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais e as que trabalham pela implementação da democracia, ela sofre de um dano que também é parte integrante dos direitos sociais que é a dependência, para a sua efetivação, de vontade política.

Apesar da existência de um viés político quando da busca pela efetivação dos direitos sociais, é inegável, no caso da legislação constitucional brasileira, o compromisso do legislador constituinte de 1988 (MARMELESTEIN, 2018, p. 65) para com a sua causa ao optar por romper com uma realidade existente nas Constituições anteriores ao elencar, no texto constitucional, uma prevalência aos direitos fundamentais com destaque para o bem-estar e o exercício dos direitos sociais e individuais que podem ser observados por meio das disposições constantes no preâmbulo constitucional que, apesar de não possuir força normativa, possui uma grande relevância jurídica atuando como uma manifestação ideológica do constituinte e vetor interpretativo do texto constitucional.

Outro argumento que pode ser apresentado para reforçar o compromisso do legislador originário para com os direitos fundamentais sociais encontra-se nas disposições constantes no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Consta no referido artigo que a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Por fim, não podemos deixar de mencionar que o legislador constituinte optou por incluir os direitos fundamentais no núcleo imutável da constituição enunciado nas cláusulas pétreas (artigo 60, §4º da CF). Como consequência, temos que os direitos fundamentais não podem ser abolidos do texto constitucional, e, consequentemente, do ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo por meio de processo solene exigido às emendas constitucionais.

Considerando superadas as questões atinentes ao tratamento constitucional dado aos direitos fundamentais com o seu reconhecimento e alocação no texto constitucional de 1988, o debate jurídico se volta então a outra causa essencial que envolve a efetivação de tais direitos.

Em defesa da concretização dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides (1998, p. 545) destaca que “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se” de forma que “o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial.”.

Apesar da visão exposta pelo jurista Paulo Bonavides é necessário revisitar o conceito de constituição enquanto uma folha de papel exposto por Lassalle (2000, p. 25) de forma que o texto escrito, por si só, não possui força contra a constituição real, razão que desencadeará um conflito inevitável e que irromperá na sucumbência do texto constitucional à ação das verdadeiras forças vitais do país reconhecida nos

fatores reais de poder. Lassalle (2000, p. 37) expõe que “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder” o que nos permite concluir que sem compromisso político e engajamento social os preceitos constitucionais não se efetivarão.

Em oposição ao pensamento de Lassalle, trazemos a visão de Konrad Hesse (1862, p. 19) por defender que a constituição, ao tempo em que não está condicionada também não se encontra desvinculada de uma realidade histórica, quando em um eventual conflito com os fatores de poder não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Para tanto, Konrad Hesse (1862, p. 21) trabalha a vontade de constituição como a maior garantia da força normativa do texto constitucional e consequentemente da sua efetivação.

Por fim, acerca do tratamento constitucional dado aos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, inegável é a compreensão de que “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Tal previsão, apesar de inserida no texto constitucional não condiz com a realidade quando confrontamos o dispositivo legal com o modelo político-econômico adotado pela CF de 1988.

Apesar da previsão constitucional, não há como falarmos em aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais no Brasil, tendo em vista que, por imposição legal, o Estado Brasileiro está inserido em uma economia de mercado e se vale de um modelo dirigente ao “traçar as principais diretrizes socioeconômicas a serem seguidas pelo poder público”, ideias que reforçam o pensamento de que “os direitos fundamentais não são um dado da realidade, mas algo que deve ser constantemente construído” (MARMELESTEIN, 2018, p. 70-72).

A tratativa dos direitos sociais como direitos fundamentais nos leva a uma outra possível aplicação referenciada pela atuação do Estado e a sua tarefa de ampliar a eficácia de tais direitos de forma a possibilitar condições materiais para a sua realização. Essa tratativa é direcionada especificamente ao Poder Judiciário, que como parte do poder público, tem se transformado cada vez mais em um “espaço de confronto e negociação de interesses” tendo em vista que a concretização dos direitos sociais exige, por muitas vezes, “alterações das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais” ao atuar de forma a “possibilitar a realização de projetos de mudança social” que por sua vez “leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito e da Política” (KRELL, 1999, p. 250).

É em busca do reconhecimento dessa construção dos direitos sociais que buscaremos expor a importância e a necessidade da inclusão do direito social ao transporte no rol dos direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

2.3 A INSERÇÃO DO DIREITO AO TRANSPORTE VIA EMENDA CONSTITUCIONAL

O significativo elenco dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 ganhou, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 90/2015, a inserção do direito fundamental social ao transporte.

É necessário destacarmos que, ao instituir um novo direito social no texto constitucional, o poder constituinte derivado pretendeu basicamente garantir e resguardar que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, tivessem, enquanto titulares e beneficiários dos direitos fundamentais, acesso ao transporte.

Infelizmente temos que o reconhecimento jurídico de um novo direito social, e por reconhecimento jurídico entenda-se a alocação no texto legal, constitucional ou não, de um direito que, no presente caso, apresenta-se como fundamental à existência de uma vida digna, é apenas o primeiro passo na longa caminhada da sociedade em busca da efetivação de seus direitos.

No caso específico do direito social ao transporte, e das diversas formas em que ele pode ser executado no Brasil, Adriana Zawada Melo (et. al.) (2019, p. 54-55) esclarece que ele pode ser “público ou privado, municipal, interestadual, nacional e executado por vários modos (ônibus, carro, avião)” ao tempo em que reforça a necessidade de haver uma “regulamentação desse direito para que atinja realmente aqueles que são necessitados.

Acerca da constitucionalidade da alteração realizada por emenda constitucional para inclusão do direito fundamental social ao transporte no rol do artigo 6º nada temos a questionar considerando que a presente ação, realizada por meio do exercício do poder constituinte derivado reformador, não violou as definições constantes no Artigo 60, §§4º e 5º da Constituição Federal de 1988 que tratam, respectivamente, das matérias e procedimentos de cumprimento obrigatório quando do exercício desse poder por parte do legislativo.

Suprida a questão da constitucionalidade da inclusão do direito social ao transporte no rol dos direitos fundamentais, reforçamos os argumentos em favor da referida inclusão utilizando, para tanto, de disposição constante no Parecer de nº 335, de 2014, emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O referido parecer afirma, quando da análise do mérito, que “[...] sem transporte, não há educação, não há saúde, não há trabalho, não há alimentação e não há lazer, salvo aqueles eventualmente produzidos nas próprias residências, e que a sociedade não pode tomar por base” (SENADO, 2014, p. 08).

Outro aspecto fundamental, e vinculado à essencialidade do direito social ao transporte, possui relação direta com a igualdade, eis que, sem transporte a liberdade de ir e vir ficará gravemente comprometida, considerando que representa uma imposição de imobilidade àqueles que, pela distância ou pelas tarifas, não podem usufruir

de todos os espaços urbanos (SENADO, 2014, p. 08). Tal realidade se apresenta como algo inconciliável com a ideia de igualdade preconizada e defendida no nosso ordenamento jurídico.

É com essa visão, de que a inserção do direito fundamental social ao transporte é essencial à sociedade, que ampliaremos o debate passando à abordagem e aferição dos aspectos que ligam esse direito fundamental à fruição de outros direitos.

Entendemos, por fim, pela necessidade de se aprofundar o debate na esfera acadêmica das questões atinentes ao reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito fundamental social ao transporte e os seus reflexos, como a viabilidade econômica do Poder Público em garantir a todos que precisam, de forma gratuita e integral, do acesso ao transporte como um direito subjetivo conforme previsto no texto constitucional ou se o mesmo ficará a cargo de efetivação via Poder Judiciário pelo instrumento da judicialização da política.

No item 2.2 abordaremos especificamente as questões atinentes a efetivação da gratuidade do direito ao transporte da pessoa idosa, suscitada na ADI 3768-4 que questionou a constitucionalidade do disposto no Art. 39 do Estatuto por violar a expectativa de receita do contratado.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E O ESTATUTO DA PESSOA IDOSA

3.1 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS DA PESSOA IDOSA E O PADRÃO ESTATUTÁRIO

Partindo da compreensão de que uma sociedade se organiza juridicamente em busca de conquistar o reconhecimento dos direitos, temos que a mobilização e, consequentemente, o reconhecimento de alguns direitos, é bem recente na nossa sociedade que, somente nos últimos anos, vem atuando de forma a reconhecer direitos na esfera ambiental, do consumidor, do acesso à justiça e da pessoa idosa enquanto campos ainda pouco ou não explorados.

Especificamente ao tratar dos direitos fundamentais sociais destinado a pessoa idosa, Guilherme Peña de Moraes (2018, p. 241) alerta para o fato de que “A velhice é tracejada como envelhecimento saudável em condições de dignidade”. Razão pela qual entendemos ser o motivo principal pelo qual a Constituição Federal de 1988 assegurou no artigo 230 que é dever da família e da sociedade amparar a pessoa idosa.

A Constituição Federal determina que, segundo Sarlet (2017, p. 668), “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares, garantindo, ainda, a gratuidade dos transportes públicos urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos”. Nesse sentido, ao tratar especificamente do direito ao trans-

porte a constituição foi, ao nosso entender, suficientemente clara no que se refere a sua gratuidade àqueles maiores de 65 anos, entretanto, esse não foi o entendimento expressado pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano na ADI nº 3768-4 objeto de análise no tópico seguinte.

De forma articulada com o texto constitucional temos, na esfera infraconstitucional, os preceitos elencados pela Lei Federal n.º 10.741/2003, mais conhecida como Estatuto da pessoa idosa. Ao tempo em que ressaltamos a importância dos direitos e garantias elencadas no Estatuto, reconhecemos a sua essencialidade, considerando que o referido texto legal “não apenas realiza o programa constitucional (...) como avança e cumpre um papel inclusive promocional, ademais de concretizar (...) uma justiça entre gerações”. (SARLET, 2017, p. 668).

Apesar da existência de preceitos constitucionais e infraconstitucionais de defesa e proteção da dignidade, da vida e da participação comunitária da pessoa idosa, não podemos nos desligar do reconhecimento de que, como ocorre com os demais direitos sociais e deveres de proteção estatal, a efetivação desses direitos e garantias somente ocorrem “mediante uma rede de políticas públicas e, portanto, por meio de um conjunto de ações legislativas e administrativas” (SARLET, 2017, p. 668).

Trabalhar a efetivação dos direitos fundamentais sociais com esteio nas ações legislativas e administrativas pode sempre refletir na sociedade um sentimento de impotência frente à incapacidade de ter os direitos constitucionais efetivados por parte do poder público.

Não estamos negando a importância de os direitos fundamentais sociais serem positivados, reconhecidos e até mesmo ampliados. O que estamos defendendo é que a mera positivação não gera qualquer ganho à sociedade, muito pelo contrário, a sociedade perde muito quando um direito fundamental social é previsto ou inserido no texto constitucional sem ser efetivo, pois reflete um interesse do legislador em postergar o conflito social ou até mesmo se utilizar da lei para pacificar temporariamente o conflito existente sem o intuito real de que a previsão legal se efetive, debate já enfrentado por Marcelo Neves (1996, p. 322-324) ao abordar questões atinentes à desconstitucionalização fática com a degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização.

Na Alemanha, como no Brasil, se reconhece que promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma ‘frustração constitucional’ (*Verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da Constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo.” (KRELL, 1999, p. 255).

No ano de 2003 a Lei Federal nº 10.741 surge como referência de proteção a pessoa idosa compilando diversos princípios previstos tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional previamente existentes.

Dentre as principais inovações legislativas alcançadas pelo Estatuto destacamos, conforme Vilas Boas (2015), as atinentes ao dever de cuidado, a possibilidade da pessoa optar por um dos prestadores da obrigação alimentar, ao lazer, a concessão do desconto de 50% nos ingressos para eventos artísticos, culturais e esportivos, à moradia, a reserva de 3% das unidades residenciais nos programas de habitação, à acessibilidade, a garantia de 5% das vagas nos estacionamento públicos e privados, à previdência, os benefícios sociais e previdenciários, e à igualdade material, com prioridade na tramitação dos processos, procedimentos e execução de atos e diligências judiciais ocorridas em qualquer instância.

No que se refere especificamente ao transporte, o Estatuto prevê a concessão de vagas gratuitas nos transportes coletivos para a pessoa idosa de baixa renda e a gratuidade do transporte, direito que foi objeto de questionamento via controle concentrado e que será objeto de análise específica no próximo tópico.

3.2 A ADI 3768-4 EM FACE DO ARTIGO 39 DO ESTATUTO DA PESSOA IDOSA

O disposto no Art. 39 do Estatuto, que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que tem mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, trazendo como exceção os serviços seletivos e especiais quando prestados paralelamente aos serviços regulares, foi objeto de controle concentrado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-4 proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano – NTU e julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação visava o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 39 do Estatuto com base no entendimento de que houve frustração das expectativas de receita do contratado por não ter o dispositivo legal estipulado qualquer forma de compensação ou “suporte dos custos”³ paralelamente à instituição da gratuidade, de forma que a gratuidade não poderia alcançar as empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão.

Dentre os argumentos apresentados pela relatora do caso para julgar pela improcedência do pedido destaca-se (STF, 2007, p. 605-606) “O Direito à Qualidade de Vida Digna dos Idosos e os Deveres Constitucional da Sociedade”, bem como o reconhecimento de que “ao aprovar a Lei n. 10.741/2003 (...), o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade um dos direitos sociais do idoso (art. 230 e seu §2º da Constituição da República).”.

³ Nesse sentido, alegou a NTU que: “(...) o delegatário de serviço público [tem] o direito de ver mantida a política tarifária estabelecida contratualmente, que não pode ser alterada em suas condições por inserção de um elemento novo que, gerando descompasso entre as obrigações das partes, torne mais oneroso o dever do concessionário/permissionário (...)”. (STF, 2007, p. 600).

Ao analisar o disposto no Art. 39 do Estatuto, Vilas Boas (2015) destaca, de forma contrária ao que foi proposto na ADI, que “o caput desse artigo é uma reprodução limitativa do art. 230, §2º, da Carta Constitucional” tendo em vista que “o Estatuto do Idoso, por sua conta e risco, garantiu este mesmo transporte e depois o retirou dos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”. Concluindo, relata que o dispositivo infraconstitucional “jamais poderia diminuir as benesses concedidas pela Ordem Social estampada na Lei Suprema” de forma que a parte final do artigo se apresenta atentatória aos preceitos constitucionais não possuindo concordância necessária para se manter vivo.

De tal forma, incabível é qualquer entendimento acerca da inconstitucionalidade da gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos tendo em vista que o pleito a gratuidade se funda em um dispositivo constitucional inserido no texto da constituição por meio do exercício do poder constituinte originário.

Corroborando com o nosso entendimento de que o direito social ao transporte é um direito fundamental-meio de acesso a outros direitos e à própria dignidade da pessoa humana, o voto da Ministra Cármen Lúcia (STF, 2007, p. 144-14) pontuou que “o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo” tendo em vista que atua como um meio necessário de acesso “a qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar (...)”.

No que se refere à necessidade de a pessoa idosa ter acesso à gratuidade do transporte, temos que considerar, ainda, o disposto na nota técnica emitida pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, às fls. 144-145 da ADI, onde consta que, somente em julho de 2006, 1.138.004 (um milhão, cento e trinta e oito mil e quatro) pessoas perceberam o benefício de prestação continuada (BPC).

O BPC se trata de um benefício não contributivo da assistência social destinado a pessoas idosas ou com deficiência que não possuem cobertura previdenciária e que possuem renda familiar per capita de até um quarto do salário-mínimo. O referido número demonstra que há um elevado contingente de pessoas idosas de baixa renda, no Brasil, considerados vulneráveis econômica e socialmente, que se encaixam como possíveis usuários que necessitam do transporte coletivo gratuito.

Em busca de atualizar os dados informados na ADI, acessamos o site da CGU e, por meio do portal da transparência, constatamos que atualmente nós temos, no Brasil, 5.066.190 (cinco milhões, sessenta e seis mil, cento e noventa) pessoas beneficiadas pelo BPC (CGU, 2022). Apesar de o site não nos indicar acerca do tipo de beneficiário (se pessoa idosa ou com deficiência) é possível aferir, diante do quantitativo, que há um crescimento no número de beneficiários (dentre os quais está inserida a pessoa idosa) que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica e social e que dependem da efetividade do direito à gratuidade do transporte coletivo urbano como meio de acesso à efetivação de outros direitos.

Outro questionamento apresentado pela NTU e sabiamente descartado pela relatora da ADI 3768-4 diz respeito ao reconhecimento de que o direito da pessoa idosa não seria de primeira, mas de segunda, ou até mesmo terceira dimensão⁴. Nesse aspecto, a ministra informa (2007, p. 607) o descabimento de tal discussão tendo em vista que “independentemente de classificação, como consignado na Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação da pessoa idosa na comunidade”. Segue a relatora associando a participação da pessoa idosa na sociedade a sua possibilidade de locomoção. Por fim, faz parte de seus fundamentos o reconhecimento de que “a dignidade e o bem-estar dos idosos” compõem a integração e a sua participação na vida da sociedade de forma que a gratuidade do transporte é essencial “especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer (...) seu direito de ir e vir.”.

Finalizando qualquer argumento contrário à necessidade de se dar eficácia e plena aplicabilidade aos dispositivos constantes no Estatuto e na Constituição Federal que garantem a gratuidade do transporte da pessoa idosa, a Ministra Cármen Lúcia (2007, p. 608) explicitou que “A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, (...), assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.”.

Outro aspecto debatido por parte da doutrina se refere à divergência relativa à idade considerada fator condicionante ao acesso à gratuidade do transporte coletivo urbano. Tal questionamento se funda no fato de que o Estatuto, apesar de considerar pessoa idosa aquela com idade superior a 60 anos, vide artigo 1º, impõe a necessidade de se ter 65 anos para acessar o direito à gratuidade, vide artigo 39.

Se posicionando pela ausência de incompatibilidade no texto legal, Lauro Luiz Gomes Ribeiro (2016) expõe que, além das disposições do artigo 39 seguirem o texto constitucional, o §3º do artigo 39 o complementa permitindo que a legislação local defina a forma em que ocorrerá o exercício da gratuidade para as pessoas entre 60 e 65 anos.

No campo da jurisprudência, outro debate travado se relaciona à lacuna existente no Estatuto acerca da gratuidade dos transportes intermunicipais. Diante da ausência de garantia legal e da divergência entre os interesses das empresas que prestam o serviço e o interesse dos usuários, Ribeiro et. al. (2016) esclarecem, com base no princípio da unidade do ordenamento jurídico, que as previsões do artigo

⁴ A utilização de expressões como “geração de direitos” tem sido objeto de críticas por parte da doutrina nacional e estrangeira tendo em vista que o uso de expressões como “gerações” ou “dimensões”, como aconteceu no caso da ADI, nos induz à compreensão de que os direitos fundamentais podem ser substituídos gradativamente. (Marmelstein, 2018, p. 55). No mesmo sentido, vide Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 329-330).

39 se estendem aos transportes intermunicipais tendo em vista que a finalidade do estatuto é garantir à pessoa idosa a autonomia necessária para a efetivação de seus direitos fundamentais de forma que pensar de forma diferente seria cercear um direito estabelecido em lei.

4 O DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE COMO FERRAMENTA NA EFETIVAÇÃO DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA

As disposições legais constantes no direito constitucional brasileiro reforçam a ideia defendida de que os direitos e as garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Tal reconhecimento deriva do fato de que os direitos e garantias fundamentais remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas (SARLET, 2011, p. 431).

Nesse sentido, é possível entendermos que a efetividade dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional é essencial ao cumprimento de padrões mínimos exigidos de dignidade da pessoa humana. Razão pela qual firmamos o nosso entendimento no fato de que o direito fundamental social ao transporte se apresenta, no contexto social brasileiro, com sendo uma ferramenta de acesso, e consequentemente de efetivação, dos demais direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

Tal compreensão parte do pressuposto de que, como fundamento da República, não é possível falarmos em respeito à dignidade da pessoa humana sem viabilizar o acesso das pessoas a padrões mínimos de mobilidade (enquanto deslocamento) e acessibilidade (enquanto condição e/ou possibilidade de alcance/utilização com segurança e autonomia) aos direitos fundamentais que demandem o deslocamento do destinatário para a sua efetivação, como por exemplo o direito à locomoção no território nacional em tempo de paz (inciso XV do Artigo 5º).

Para além do disposto no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, temos os direitos fundamentais sociais à educação, à saúde, ao trabalho e ao lazer, elencados no rol do artigo 6º, que também demandam acesso ao direito ao transporte, enquanto mobilidade e acessibilidade, para se efetivarem.

É preciso pensar os direitos fundamentais sempre na perspectiva de sua eficácia tendo em vista que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme §1º do Artigo 5 da Constituição Federal, e que “falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico (interno), e não apenas em uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado” (FERNANDES, 2017, p. 322).

Acerca da máxima eficácia dos direitos fundamentais, Jorge Miranda (2011, p. 536) esclarece que “Em qualquer caso e em qualquer circunstância, qualquer acto de poder público deve tomá-las como fundamento e como referência; e deve tender a conferir-lhes (e aos princípios que lhes subjazem) a máxima eficácia possível.”.

Outro aspecto associado aos direitos fundamentais, e que os vincula aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, está no reconhecimento da sua dimensão objetiva. Nesse aspecto, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 322) reforça que a dimensão objetiva, mais recente e típica do Constitucionalismo Social, atua “como um verdadeiro ‘norte’ de ‘eficácia irradiante’” em contraponto a uma dimensão subjetiva enquanto “faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público”.

Partindo da premissa de que as Constituições democrático-sociais se consubstanciam como um sistema de valores explicitados e positivados, por meio dos direitos fundamentais e de que os direitos fundamentais, enquanto valores, influenciam todo o ordenamento jurídico servindo de base para a atuação dos poderes públicos, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 322-323) compreende que os direitos fundamentais “se tornaram (pela dimensão objetiva) a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade” adquirindo a característica que alguns autores conceituam como “eficácia irradiante” no entendimento de que “não há direito que não deva passar pelo filtro dos direitos fundamentais previstos na Constituição”.

Nesse diapasão, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 323) reforça que as normas definidoras de direitos fundamentais adquiriram um “reforço de juridicidade” e uma sistemática de concretização e densificação dessas normas para além do reconhecimento de se manterem como direitos de defesa (garantias negativas) e direitos prestacionais (garantias positivas) frente ao Estado.

Aspectos, que não se mostram diferentes quando levados à análise do direito social ao transporte enquanto ferramenta de acesso ao exercício da dignidade e da cidadania por parte da pessoa idosa, que necessita do transporte gratuito para ter acesso à autonomia necessária à manutenção de sua liberdade, de sua inclusão social e do acesso aos demais direitos fundamentais.

Superado o debate acerca da essencialidade do direito social ao transporte, bem como da necessidade de sua gratuidade à efetivação de diversos direitos por parte da pessoa idosa, passaremos a analisar como o direito ao transporte pode ser utilizado como uma ferramenta para efetivar outros direitos.

Ao tratar especificamente das características dos direitos fundamentais, Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 342-346) destaca a existência de interdependência entre esses direitos ao retratar que eles não podem ser vistos de forma isolada posto que se apresentam de forma coligada. É com base no entendimento de que o direito ao transporte está coligado a outros direitos que adentramos a análise do conceito de um direito fundamental-meio de acesso a efetividade de outros direitos.

Especificamente no que se refere ao direito ao transporte, Guilherme Peña de Moraes (2018, p. 236) o trata como um “direito-mãe” ao enunciar que o direito ao transporte se constitui “no deslocamento de passageiros e cargas” que pode se dar de forma “aeroviária, dutoviária, ferroviária, hidroviária e/ou rodoviária”.

Considerando que o direito ao transporte se relaciona diretamente a questões de mobilidade⁵ e acessibilidade⁶, outro não poderia ser o nosso entendimento se não pelo de que o direito fundamental social ao transporte se configura, na realidade social brasileira, como uma ferramenta de acesso para a efetivação de outros direitos, fundamentais ou não, como a dignidade, a igualdade, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, dentre outros.

Reforçando a nossa leitura do direito fundamental social ao transporte como um direito fundamental-meio, destacamos a visão de J. J. Canotilho (1941, p. 407-410) que explicita, dentre as funções dos direitos fundamentais, a de prestação social. Acerca da função prestacional dos direitos fundamentais, Canotilho (1941, p. 408) compreende se tratar do “direito do particular a obter algo através do Estado”, obtenção que se encontra vinculada a ausência de meios financeiros suficientes e a uma possível resposta satisfatória do mercado.

Apesar de prever a possibilidade de satisfação dos direitos fundamentais, por meio da utilização de recursos financeiros próprios, e ainda por meio de uma resposta satisfatória do mercado, é preciso considerar que Canotilho (1941, p. 408-409) faz uma ressalva no que se refere às “políticas sociais activas”, razão que nos permite concluir que os aspectos que vinculam a prestação social dos direitos fundamentais, no pensamento do jurista, precisam ser analisados de forma a serem compatíveis com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a dignidade trabalha um padrão próprio de mínimo social para uma existência digna.

Voltando o debate ao tema central do artigo, que se funda no direito à gratuidade como ferramenta de acesso a outros direitos por parte da pessoa idosa, destacamos o disposto no artigo 96 da Lei Federal nº 10.741/2003 por prever a tipificação de conduta criminosa àquele que realizar discriminação em relação à pessoa idosa impedindo ou dificultando o seu acesso aos meios de transporte ou a qualquer outro instrumento que a impeça de exercitar o seu direito à cidadania (Brasil, 2003).

O citado dispositivo legal, ao equiparar o acesso aos meios de transporte como requisito ao exercício da cidadania da pessoa idosa, atua reforçando a nossa compreensão de que o direito fundamental social ao transporte possui ligação direta com o cumprimento da cidadania de forma a resguardar a dignidade da pessoa humana.

⁵ Utilizando a compreensão de Guilherme Peña de Moraes (2018, p. 236), entendemos que a mobilidade está “relacionada à condição em que se realizam os deslocamentos de passageiros e cargas no espaço urbano ou rural”.

⁶ A acessibilidade, por sua vez, “é pertinente à condição, ou mesmo possibilidade de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos deslocamentos de natureza local, intermunicipal, interestadual e internacional.” (Moraes, 2018, p. 236).

Razão que, aliada ao reconhecimento de que o direito ao transporte, é essencial ao alcance de outros direitos, enquanto direito fundamental-meio, motiva-nos a buscar a sua plena efetividade no campo social.

Efetividade que tem repercussão direta na realização da liberdade, enquanto faculdade de ir, vir e estar nos logradouros e espaços comunitários, de praticar esportes, de divertir-se e de participar na vida familiar e comunitária, conforme previsto no §1º do Art. 10 do Estatuto, bem como da dignidade enquanto ferramenta de acesso à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, nos termos do Art. 20 do referido estatuto.

Pugnamos, por fim, pela efetividade da gratuidade do transporte coletivo urbano à pessoa idosa com o propósito de dar máxima aplicabilidade ao disposto no artigo 2º do Estatuto do Idoso. Determina o citado dispositivo que “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” (Brasil, 2003).

Falar em garantir e preservar a saúde física e mental da pessoa idosa, em efetivar a dignidade da pessoa humana idosa e em proteger e amparar esse indivíduo na velhice representa a necessidade de se implantar na sociedade um sentimento de que eles possuem um valor inestimável, eis que representam a nossa origem e a nossa história. Precisamos urgentemente abandonar o sentimento de que a pessoa idosa representa um fardo aos cofres públicos, de forma que abraçar tal causa como nossa é o que nos cabe, principalmente tendo em vista que essa causa, dentro do processo de envelhecimento natural em que estamos inseridos, será efetivamente nossa também.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar o direito ao transporte de forma associada aos direitos da pessoa idosa é de fundamental importância, pois o Estatuto já completou, enquanto ferramenta de proteção, 20 anos de vigência. Tal análise ganha força diante do reconhecimento de que os direitos fundamentais são constantemente violados e de forma diferente não ocorreria com o direito da pessoa idosa.

Esse trabalho buscou construir um elo entre os direitos fundamentais e os outros direitos da pessoa idosa ao defender o transporte enquanto direito fundamental-meio de acesso a outros direitos como à liberdade, o lazer, à saúde e à própria dignidade da pessoa humana.

Falar em garantia constitucional de acesso ao transporte significa falar em efetivação de outros direitos fundamentais pois, sem a efetivação do direito social ao

transporte, direitos como a liberdade de ir e vir, a igualdade e porque não o próprio objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de solidariedade, inserido no inciso I do Artigo 3º da Constituição Federal, estariam sendo violados.

Falar e defender a transcendência dos direitos fundamentais se mostra necessário, eis que falar em direito à liberdade de locomoção representa muito mais que falar em deslocamento físico. Para além da locomoção propriamente considerada, temos que refletir a locomoção enquanto ferramenta de acesso a outros direitos fundamentais como à educação, à saúde e o lazer. Não podemos falar em efetivação desses direitos sem a efetivação do direito social ao transporte, eis que o indivíduo precisa, na grande maioria das vezes, deslocar-se ao local de fornecimento que, diante de uma ausência de mobilidade, representa o não acesso a esse e aos demais direitos que desse decorrem.

É de fundamental importância que a sociedade civil e as instituições públicas e privadas promovam debates em busca de questionar e reivindicar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, principalmente daqueles considerados como ponte de acesso a outros direitos como é o caso do direito ao transporte.

Reconhecer a fundamentabilidade desse direito não se apresenta de forma suficiente. É preciso, de forma mais incisiva, debater a busca por implementação de ações concretas de forma a fomentar, concretizar e efetivar os direitos fundamentais sociais dos mais frágeis e/ou menos favorecidos, como é o caso da pessoa idosa, tendo em vista que essa parcela da população precisa de uma proteção maior e mais efetiva da sociedade e do Estado, conforme definido na Constituição Federal e no Estatuto da pessoa idosa, independentemente do motivo ou da causa que desperte essa necessidade.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. Coleção direito em contexto: problemas dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.030/2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.741/2003**. Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 19^a reimp., 2003.

CGU. **Benefícios ao Cidadão**. BPC. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em: 03 de março de 2022.

CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 03/03/2022.

IBGE. Nota complementar - Pessoas Idosas com 60 anos ou mais de idade - Censo 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-detalle-de-midia.html?view=mediaibge&catid=2101&id=6744>. Acesso em: 09/11/2023.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36. n. 144, out./dez. 1999. p. 239-260.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MELO, Adriana Zawada (et. al.). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10. ed. Barueri - SP: Manole, 2019. Livro digital.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Jorge. **O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais**. In: Daurý Cesar Fabriz e outros (Coordenadores). O tempo e os direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (et. al.). **Comentários ao estatuto do idoso**. São Paulo: Saraiva. 2016. Livro digital.

SARLET, Ingo Wolfgang (et. al.). **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana e os Assim Chamados “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988**. In: Daury Cesar Fabriz e outros (Coordenadores). O tempo e os direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 429-453.

SENADO. **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=18925#diario>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-4**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Livro digital.

PARTE 2
DIREITOS POLÍTICOS E O DESAFIO
DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO PODER LEGISLATIVO NA FORMULAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA ACESSO À MANDATOS POLÍTICOS POR MULHERES: O DIREITO À IGUALDADE POR MEIO DE UMA ISONOMIA PARCIAL

LA ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FORMULACIÓN DE LOS CRITERIOS PARA EL ACCESO A LOS MANDATOS POLÍTICOS POR MUJERES: EL DERECHO A LA IGUALDAD A TRAVÉS DE UNA ISONOMÍA PARCIAL

*Fernando Roberto Schnorr Alves
Victória Scherer de Oliveira*

RESUMO

O estudo concentra-se na problemática da discriminação de gênero na esfera política e na atuação dialógica entre os poderes Legislativo e Judiciário na construção de estratégias para assegurar o direito à igualdade sob uma perspectiva estrutural. Assim, questiona-se: como o direito à não discriminação de gênero está sendo observado pelos agentes no diálogo institucional instaurado entre o Legislativo (por meio de Emendas Constitucionais) e o Judiciário (por meio de ações de controle concentrado de constitucionalidade) para assegurar o direito à representação política das mulheres nas próximas eleições? O trabalho será construído a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. Os objetivos dedicam-se a examinar o movimento institucional impulsionado por ambos os poderes, em especial, as discussões desenvolvidas na ADI n.º 5.617/DF, na Emenda Constitucional 117/2022, na ADI n.º 7.419/DF e na PEC 09/2023. Os resultados angariados consubstanciam uma dimensão estrutural da problemática, o que solidifica um contínuo diálogo institucional em busca da melhor fórmula de se assegurar a participação feminina na política, visto que ainda há uma grande sub-representação na política em termos de gênero, além de uma situação ainda mais grave quando a perspectiva inclui a interseccionalidade com a questão racial.

Palavras-chave: direito à igualdade como reconhecimento; discriminação de gênero; judicIALIZAÇÃO; jurisdição constitucional; representação feminina no Legislativo.

RESUMEN

El estudio se centra en la problemática de la discriminación de género en la esfera política y en la actuación dialógica entre los poderes Legislativo y Judicial en la construcción de estrategias para garantizar el derecho a la igualdad desde una perspectiva estructural. Así, se pregunta: ¿cómo se está observando el derecho a la no discriminación de género por los agentes en el diálogo institucional establecido entre el Legislativo (a través de Enmiendas Constitucionales) y el Judicial (a través de acciones de control concentrado de constitucionalidad) para garantizar el derecho a la representación política de las mujeres en las próximas elecciones? El trabajo se construirá a partir del método de enfoque deductivo, del método procedimental analítico y de la técnica bibliográfica. Los objetivos se dedican a examinar el movimiento institucional impulsado por ambos poderes, en especial, las discusiones desarrolladas en la ADI n.º 5.617/DF, en la Enmienda Constitucional 117/2022, en la ADI n.º 7.419/DF y en la PEC 09/2023. Los resultados obtenidos consubstancian una dimensión estructural de la problemática, lo que solidifica un diálogo institucional continuo en busca de la mejor fórmula para garantizar la participación femenina en la política, ya que todavía hay una gran subrepresentación en la política en términos de género, además de una situación aún más grave cuando la perspectiva incluye la interseccionalidad con la cuestión racial.

Palabras clave: derecho a la igualdad como reconocimiento; discriminación de género; judicialización; jurisdicción constitucional; representación femenina en el Legislativo.

1 INTRODUÇÃO

A ínfima representatividade das mulheres no âmbito do Poder Legislativo evidencia um problema de acesso das mulheres à participação política para além do direito ao voto, carecendo de medidas que assegurem também o direito de serem votadas. Para assegurar esse direito de candidatura às vagas como vereadoras, deputadas estaduais, deputadas federais e senadoras, há necessidade de viabilizar suas campanhas não apenas com o registro delas, mas também a devida distribuição dos recursos públicos provenientes do fundo partidário e de meios para angariar maior visibilidade, como maior tempo na propaganda eleitoral em rádio e televisão.

As medidas até hoje dotadas enfrentam dificuldades para concretizar uma maior representatividade das mulheres no Poder Legislativo. Desde “candidaturas laranjas” (em que há o registro da candidata apenas para cumprir um percentual mínimo de candidaturas do partido destinadas a mulheres), uso da verba da campanha para impressão de folhetos, banners e outros materiais de campanha de ou com outro candidato (servindo como desvio da verba da campanha em prol da candidatura de homens), menor tempo destinado para candidatas mulheres na propaganda eleitoral, entre outras barreiras.

A fórmula a ser adotada pelo Brasil para a concretização do direito à igualdade na política e materializar o direito das mulheres ao seu acesso a mandatos políticos ainda parece estar em construção. Diante desse contexto, o objetivo do presente tra-

balho é pesquisar: como o direito à não discriminação de gênero está sendo observado pelos agentes no diálogo institucional instaurado entre o Legislativo (por meio de Emendas Constitucionais) e o Judiciário (por meio de ações de controle concentrado de constitucionalidade) para assegurar o direito à representação política das mulheres nas próximas eleições?

O trabalho será construído a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. Os objetivos dedicam-se a examinar o movimento institucional impulsionado por ambos os poderes, em especial, as discussões desenvolvidas na ADI n.º 5.617/DF, na Emenda Constitucional 117/2022, na ADI n.º 7.419/DF e na PEC 09/2023, como forma de perceber o diálogo institucional instaurado entre os poderes Legislativo e Judiciário no que concerne à problemática da discriminação de gênero na esfera política.

Tendo em vista que a questão contempla um caráter estrutural e, portanto, deve comportar uma perspectiva interseccional de análise, para que as fragilidades atinentes ao contexto político das mulheres sejam adequadamente analisadas, o trabalho valer-se-á de um olhar estrutural e interseccional da problemática. Dito isso, parte-se para a discussão acerca do diálogo institucional existente entre os poderes Legislativos e Judiciário sobre a discriminação de gênero na política.

2 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL RELATIVO À PROBLEMÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA POLÍTICA SOB UM OLHAR ESTRUTURAL E INTERSECCIONAL

A interação entre os Poderes do Estado – Legislativo e Executivo, fundamentados na representação, e o Judiciário, caracterizado por um papel contramajoritário – apresenta diversas fragilidades no contexto da separação de poderes. Nesse ínterim, as teorias dialógicas emergem como estratégias relevantes para solidificar uma abordagem que priorize o diálogo e o debate, transcendendo a concepção estática de separação de poderes (Leal; Moraes, 2020, p. 34).

As questões relacionadas à desigualdade e à exclusão social são evidenciadas pela deterioração de certas práticas institucionais e pelo desempenho inadequado dos Estados democráticos. Esse cenário resulta na emergência de novas modalidades de violações dos direitos humanos, frequentemente associadas às práticas adotadas por Estados autoritários em períodos passados. Os grupos sociais que se encontram em situações estruturais de desigualdade e exclusão são os mais afetados por essa deficiência nas instituições (Abramovich, 2009, p. 17). Portanto, quando o diálogo se instaura para resolver questões atinentes a tais grupos, uma nova leitura do direito à igualdade se exige: a estrutural.

É o caso da discriminação de gênero, em especial, na esfera política, a qual é objeto de análise dessa investigação. A análise da participação política das mulheres e sua representação nos meios de comunicação e entre os eleitores lança luz sobre os obstáculos enfrentados para alcançar uma participação mais significativa (Finamore; Carvalho, 2006, p. 352).

Mulheres que se candidatam a cargos eletivos confrontam estereótipos que associam liderança política aos homens, relegando às mulheres a esfera dos assuntos domésticos. A construção da política, do perfil do político e da agenda eleitoral têm sido predominantemente liderada por homens. Assim, as candidatas enfrentam o desafio de transcender esses estereótipos ao demonstrar qualidades de liderança, mantendo sua identidade feminina (Finamore; Carvalho, 2006, p. 352).

Além disso, questões básicas, como a inexistência de um banheiro feminino no Plenário do Senado Federal até dezembro de 2015, demonstram a hostilidade do ambiente político às mulheres. Antes de 2016, as mulheres ocupantes de cargo no Senado Federal utilizavam de forma improvisada (desde 1979, quando eleita a senadora Eunice Michilis) o banheiro do restaurante anexo ao Plenário (Brasil, 2016).

A problemática da discriminação de gênero na esfera política, bem como em outros domínios sociais, assume uma dimensão intrinsecamente estrutural, o que exige valorizar dados cujas causas e efeitos advêm de um processo de exclusão sistemática. Com isso, aplicar meramente a norma proibitiva de discriminação sem enfrentar as barreiras do reconhecimento do caráter estrutural desqualifica e invisibiliza todo o contexto histórico e social no qual o grupo está inserido, contribuindo para a continuidade da subordinação (Saba, 2005, p. 24-25).

Para assegurar o direito das mulheres, tem-se instaurado um debate público nos últimos anos, tendo inclusive se expandido para a seara judicial por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse contexto, o STF proferiu decisão na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.617/DF (Brasil, 2018), oportunidade em que apreciou disposições normativas da Lei 13.165/2015, que incentiva a participação feminina nas campanhas eleitorais. O quadro abaixo revela a dura realidade das mulheres que pretendem um cargo no Legislativo.

Tabela 1: Eleitos por gênero e Estado nas eleições de 2020 e 2022.

Estado	Deputada Estadual / Distrital (2022)	Deputada Federal (2022)	Senadora (2022)	Vereadora (2020)	Deputado Estadual / Distrital (2022)	Deputado Federal (2022)	Senador (2022)	Vereador (2020)
AC	3	3	0	48	21	5	1	183
AL	6	0	0	172	21	9	1	914
AM	5	0	0	129	19	8	1	609
AP	7	3	0	33	17	5	1	141
BA	8	5	0	622	55	34	1	3.989

CE	9	3	0	411	37	19	1	1.781
DF	4	2	1	0	20	6	0	0
ES	4	1	0	92	26	9	1	768
GO	4	6	0	360	37	11	1	2.147
MA	12	3	0	469	30	15	1	1.956
MG	15	9	0	1.183	62	44	1	7.297
MS	2	1	1	162	22	7	0	685
MT	1	2	0	228	23	6	1	1.176
PA	7	5	0	285	34	12	1	1.479
PB	6	0	0	359	30	12	1	1.848
PE	6	3	1	297	43	22	0	1.854
PI	4	1	0	429	26	9	1	1.715
PR	10	4	0	583	44	26	1	3.286
RJ	15	9	0	118	55	37	1	1.066
RN	5	1	0	357	19	7	1	1.297
RO	5	2	0	63	19	6	1	470
RR	5	1	0	23	19	7	1	134
RS	11	6	0	939	44	25	1	3.953
SC	3	5	0	525	37	11	1	2.365
SE	5	2	0	133	19	6	1	672
SP	25	14	0	1.091	69	56	1	5.872
TO	3	0	1	228	21	8	0	1.079
Total	190	91	4	9.339	869	422	23	48.736
Percentual	17,94%	17,73%	14,81%	16,08%	82,05%	82,26%	85,18%	83,91%

Fonte: sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral (Brasil, 2023d).

A Corte julgou inconstitucional a limitação a apenas 3 eleições da destinação de percentual mínimo de recursos do Fundo Partidário destinado às campanhas eleitorais das mulheres e deu interpretação conforme ao dispositivo 9º da referida lei para que o patamar legal mínimo de recursos seja de 30% (para as eleições majoritárias e proporcionais) e que, caso houver um percentual mais elevado de candidatas do partido, o mínimo de recursos globais seja alocado na mesma proporção. Por arrastamento, também julgou inconstitucional os §§ 5º-A e 7º do artigo 44 da Lei 9.096/1995, que dispunham sobre os recursos destinados à manutenção de instituto ou fundação de pesquisa (e não à promoção e difusão da participação política das mulheres) e concediam discricionariedade às agremiações partidárias a utilizar os recursos destinados à promoção e difusão da participação política das mulheres em suas campanhas.

Como resposta, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 117/2022 (Brasil, 2022a), que determinou a aplicação mínima de 5% dos recursos do fundo partidário para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como a reserva de 30% (no mínimo) ou proporcional ao número de candidatas na destinação de recursos às mulheres do

Fundo Especial de Financiamento de Campanha, da parcela do fundo partidário destinado a campanhas eleitorais e também do tempo de propaganda gratuita em rádio e televisão.

Contudo, no seu artigo 2º e 3º, concedeu aos partidos a possibilidade de utilização dos valores que não foram utilizados corretamente na promoção e difusão de campanhas eleitorais femininas para as campanhas subsequentes, vedando a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios anteriores à EC 117/2022, praticamente “anistiando” os partidos políticos que não destinaram recursos ou o fizeram em percentual menor para as candidaturas nas eleições anteriores, inclusive impossibilitando sanções de qualquer natureza, até mesmo a devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário.

Essa Emenda Constitucional virou objeto de nova ação perante o STF, ADI n.º 7.419/DF (Brasil, 2023c), por entender serem inconstitucionais os seus artigos 2º e 3º. A ADI sequer teve a medida cautelar apreciada, já há no Congresso Nacional a PEC 09/2023 (Brasil, 2023a) que busca, de forma autônoma à EC 117, anistiar os partidos políticos das sanções aplicadas em decorrência das eleições de 2022 com relação a destinação dos recursos a candidaturas femininas, uma vez que os critérios estabelecidos não contaram com a participação do legislador. Para buscar maior aprovação, o projeto prevê ainda a substituição do modelo para um percentual mínimo de 20% dos assentos dos mandatos disponíveis para as mulheres a partir do pleito de 2026, com 15% como regra de transição para 2024.

Em que pese seja melhor assegurar uma representação efetiva mínima de 20% do que a mera reserva de candidaturas no percentual de 30%, a destinação dos recursos resta fragilizada e o percentual de candidatas por partido pode ficar abaixo dos 30% previstos anteriormente. Além da anistia pelo descumprimento das regras nas eleições passadas, o novo modelo sanciona o partido no valor correspondente a 10% do fundo partidário, como um limitador, o que permite ao mesmo programar uma reserva para pagamento das sanções e continuar descumprindo a regra.

Ao se auferir uma dimensão estrutural para a problemática de gênero na representatividade política, as ações dedicadas a esse enfrentamento devem compreender condições peculiares que reconheçam discriminações enraizadas culturalmente. Saba (2013, p. 110) faz contribuições para a formulação dessas medidas a partir de três aspectos: 1) o reconhecimento de um grupo prejudicado e individualizável, como as mulheres; 2) a identificação de um meio ou área relevante para o bom desenvolvimento do grupo, como a política e 3) um prejuízo ou uma exclusão contínua em detrimento do grupo nesse âmbito de análise, o que pode ser constatado com os números apresentados no quadro acima.

Para a compreensão da discriminação estrutural por gênero, vale ressaltar os ensinamentos de Fraser (2006, p. 232), que trabalha com a noção de desigualda-

de a partir da distinção da injustiça político-econômica e da injustiça sociocultural. A primeira se trata de uma injustiça que se radica na estrutura econômico-política da sociedade e requer como remédio a redistribuição de renda, reorganização do trabalho, controles democráticos de investimento ou transformações nas estruturas econômicas básicas. Já a segunda injustiça é cultural ou simbólica, tendo como remédio a necessária revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados, clamando por reconhecimento e por uma valorização positiva da sua diversidade cultural. Essa última é impactada com ações que visam a transformação dos padrões sociais dominantes de representação, interpretação e comunicação (Clérico, 2010, p. 163).

Essas formas de injustiças clamam por diferentes remédios para combater a desigualdade imposta à minoria (em termos de representatividade) formada pelas mulheres. A injustiça político-econômica requer políticas públicas de redistribuição com o objetivo de dissipar os arranjos econômicos que geram uma estratificação social, enquanto a injustiça sociocultural tem como objetivo inverso, qual seja, de promover a diferenciação do grupo para buscar valorização com o seu reconhecimento. Dessa diferenciação, percebe-se que cada demanda possui remédio distinto, o que se torna um problema quando as injustiças se sobrepõem, seja por interseccionalidade pela soma de dois ou mais fatores que geram injustiças tanto sociocultural como político-econômica, seja por pertencer a uma coletividade bivalente (Fraser, 2006, p. 232), o que pode ser observado na discriminação de gênero.

Não bastasse a dificuldade da mulher ascender aos cargos de representação política no Legislativo nacional, as mulheres negras possuem visivelmente uma barreira ainda maior para assegurar a viabilidade das suas campanhas. A interseccionalidade entre os dois fatores discriminantes tornam a realidade da mulher negra mais difícil diante do contexto social ao qual está submetida. Segundo Almeida e Machado (2021, p. 402-403), a conquista dos direitos políticos pelas mulheres não necessariamente reverteu em proveito de todas as mulheres de forma homogênea. A ocupação dos espaços públicos pelas mulheres brancas se mostrou possível, entre outros fatores, graças ao trabalho das mulheres negras, que passaram a dedicar sua força de trabalho nas atividades domésticas, pois não se constatou com essa mudança social a alteração de papéis tradicionais de gênero.

Ou seja, se a mulher já é sub-representada nos mandatos do Poder Legislativo, o déficit de representação da mulher negra é ainda maior. Nesse sentido, observa-se a seguinte tabela referente ao gênero e cor/raça dos candidatos eleitos nas eleições de 2020 e 2022 para o Legislativo no Brasil.

Tabela 2: Eleitos por gênero e cor/raça nas eleições de 2020 e 2022.

Cor/Raça	Deputada Estadual / Distrital (2022)	Deputada Federal (2022)	Senadora (2022)	Vereadora (2020)	Deputado Estadual / Distrital (2022)	Deputado Federal (2022)	Senador (2022)	Vereador (2020)
Amarela(o)	1	0	0	47	0	3	0	185
Branca(o)	113	58	4	5.504	570	311	14	25.595
Indígena	1	4	0	29	1	1	2	152
Não informado	1	0	0	86	0	1	1	493
Parda(o)	49	16	0	3.177	262	92	3	19.217
Preta(o)	25	13	0	496	36	14	3	3.094
Total	190	91	4	9.339	869	422	23	48.736
Amarela(o)	0,09%	0,00%	0,00%	0,08%	0,00%	0,58%	0,00%	0,31%
Branca(o)	10,67%	11,30%	14,81%	9,47%	53,82%	60,62%	51,85%	44,07%
Indígena	0,09%	0,77%	0,00%	0,04%	0,09%	0,19%	7,40%	0,26%
Não informado	0,09%	0,00%	0,00%	0,14%	0,00%	0,19%	3,70%	0,84%
Parda(o)	4,62%	3,11%	0,00%	5,47%	24,74%	17,93%	11,11%	33,08%
Preta(o)	2,36%	2,53%	0,00%	0,85%	3,39%	2,72%	11,11%	5,32%
Total	17,94%	17,73%	14,81%	16,08%	82,05%	82,26%	85,18%	83,91%

Fonte: sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral (Brasil, 2023d).

Nota-se que, se desconsiderar as mulheres brancas eleitas, ou seja, considerando apenas as mulheres amarelas, indígenas, pardas, pretas e aquelas que não informaram, o percentual de representação cai drasticamente. Mais precisamente, o percentual de deputadas estaduais/distritais mingua para 7,27%, o de deputadas federais reduz para 6,43%, já o percentual de vereadoras despenca para 6,60% e não há nenhum registro para senadoras que não sejam brancas.

Vale destacar que no último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (Brasil, 2022b), restou constatado que a população brasileira é constituída por 203.080.756 pessoas, sendo 104.548.325 mulheres (51,48%) e 98.532.431 homens (48,51%). Embora o censo não tenha questionado a cor/raça dos entrevistados, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral do 3º trimestre de 2023 realizada pelo mesmo instituto estima, por amostragem, que 42,73% (92.202 indivíduos) se consideram brancas, 10,29% (22.219 x mil pessoas) se declaram pretas e 45,81% (98.849 x mil pessoas) se declaram pardas, e o restante (1,15%) se declaram indígenas, amarelas ou sem declaração (2.497 x mil pessoas) (Brasil, 2023b). Os dados levantados comprovam estatisticamente uma sub-representação política das mulheres, em especial da população negra/parda.

O olhar interseccional compreende a soma de dois ou mais fatores que geram injustiças. A discriminação interseccional apresenta, por vezes, maior dificuldade de ser identificada (Crenshaw, 2002, p. 174-176), pois os contextos econômicos, cultu-

rais e sociais silenciosamente moldam as relações dentro desse sistema de subordinação, causando abordagens subinclusivas de discriminação e a diferença torna invisível um conjunto de problemas (como no caso em que um subconjunto de mulheres subordinadas enfrentam um problema em parte por serem mulheres e em parte por questão racial, mas isso não é tido como um problema de gênero em razão das mulheres dos grupos dominantes não sofrerem da mesma experiência) ou abordagens superinclusivas, quando a diferença sequer é percebida (como no caso em que um problema é imposto a apenas um subgrupo de mulheres e sendo absorvido como uma questão simplesmente de gênero, quando as circunstâncias evidenciam que a marginalização tem uma ligação com outro fator não percebido, como na questão do tráfico de mulheres, onde a questão racial e social são relevantes para entender quais são as mulheres afetadas, bem como o caso eleitoral, onde percebe-se um grau maior discriminatória para as mulheres negras).

Assim, a perspectiva interseccional oferece uma compreensão mais abrangente e precisa das vivências diárias dos indivíduos em termos de direitos, considerando a constante interseção de múltiplos elementos discriminatórios. Isso aproxima a discussão dos direitos humanos das necessidades e identidades dos sujeitos contemporâneos, e contribui para remodelar as formas de exclusão e segregação que enfrentam (Zota-Bernal, 2015, p. 82). Diante disso, compreender a problemática da discriminação de gênero, notadamente na esfera política, significa contemplar vieses estruturais e interseccionais, na finalidade de se garantir um tratamento adequado à questão, especialmente quando a discussão parte de construções institucionais na proteção do direito à igualdade e não discriminação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expostas todas essas considerações, buscou-se demonstrar no presente trabalho a evolução nos últimos anos dos critérios adotados para a promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como o cenário atual de representação política das mulheres no Legislativo brasileiro. Resta em aberto um diálogo público perante o Congresso Nacional sobre a melhor fórmula de se assegurar a sua participação, sendo a matéria constantemente judicializada, forçando um diálogo institucional entre os Poderes na construção de critérios que atendam o direito à igualdade e não discriminação, a fim de concretizar uma igualdade material às mulheres no acesso aos mandatos políticos.

Nota-se que ainda há uma grande sub-representação na política em termos de gênero, além de uma situação ainda mais grave quando a perspectiva inclui a interseccionalidade com a questão racial. Logo, a promoção de ações que busquem

assegurar maior viabilidade para as campanhas eleitorais dessas minorias contribui para uma maior democratização em termos de pluralidade representativa no Poder Legislativo, sendo que as medidas discutidas, seja no âmbito político ou seja no âmbito judicial, demonstram que a questão permanece aberta para a construção de um modelo que combate de forma eficaz a discriminação estrutural decorrente de gênero na política.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009.

ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Gênero, Raça e Participação Política da Mulher Negra: da Visibilização à Inclusão. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 98, Brasília, abr./jun. 2021, pp. 397-421.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Proposta de Emenda à Constituição nº 9 de 2023**. Autores: Deputados Paulo Magalhães e outros. Relator Deputado Diego Coronel. Altera a Emenda Constitucional no 117, de 5 de abril de 2022, quanto à aplicação de sanções aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições, bem como nas prestações de contas anuais e eleitorais, Brasília, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 117, de 5 de abril de 2022**. Altera o art. 17 da Constituição Federal para impor aos partidos políticos a aplicação de recursos do fundo partidário na promoção e difusão da participação política das mulheres, bem como a aplicação de recursos desse fundo e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e a divisão do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão no percentual mínimo de 30% (trinta por cento) para candidaturas femininas, Brasília, 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2022**. Disponível em: https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=portal. Acesso em: 28 de nov. 2023. Brasília, 2022b.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral (SIDRA)**. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6403#resultado>. Acesso em: 28 de nov. 2023. Brasília, 2023b.

BRASIL. Senado Federal. **Bancada Feminina do Senado conquista direito a banheiro feminino no Plenário**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/bancada-feminina-do-senado-conquista-direito-a-banheiro-feminino-no-plenario>. Acesso em: 27 de nov. 2023. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal**. Art. 9º da lei 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do

montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à igualdade e à não discriminação. procedência da ação. Recorrente: Procurador-geral da República. Relator Ministro Edson Fachin, Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.419 Distrito Federal**. Recorrente: Rede Sustentabilidade e Outro. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 2023c.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Perfil da candidatura**. Disponível em: https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-candidaturas/cruzamento-de-candidaturas?p25_back=22&p25_cruzamento_1=ds_sexo&clear=RP,25&session=102325222587356. Acesso em: 28 de nov. 2023. Brasília, 2023d.

CLÉRICO, Laura. El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía. In: CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. **Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas**. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Tradução de Liane Schneider, v. 10, n. 1, 2002.

FINAMORE, Claudia Maria; CARVALHO, João Eduardo Coin de. Mulheres candidatas: relações entre gênero, mídia e discurso. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, p. 347-362, 2006.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “pós-socialista”. **Revista Cadernos de campo**, Tradução de Júlio Assis Simões, São Paulo, n. 14/15, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre Poderes no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 3, p. 32-48, 2020.

SABA, Roberto. (Des)igualdade estrutural. **Revista Derecho y Humanidades**, n. 11, p. 123-147, 2005.

SABA, Roberto. Desigualdad estructural y acciones afirmativas. **Fundación Equitas, Ril Editores**, Santiago, Chile, p. 85-125, 2013.

ZOTA-BERNAL, Andrea Catalina. Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Eunomia. **Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 9, p. 67-85, 2015.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DE LIBERTAÇÃO DA COLONIALIDADE: O DESAFIO À EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA UNIVERSAL NA AMÉRICA LATINA

LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROCESO DE LIBERACIÓN DE LA COLONIALIDAD: EL DESAFÍO A LA EFICACIA DE LA CIUDADANÍA UNIVERSAL EN AMÉRICA LATINA

Samantha Negris de Souza¹

César Albenes de Mendonça Cruz²

RESUMO

O trabalho investiga a construção histórica dos direitos humanos e seu papel nas lutas por emancipação/libertação. Contextualiza os efeitos das demandas por direitos para a ampliação dos níveis de cidadania nos países “centrais” e nos países colonizados ao longo da história, enfatizando a problemática da universalidade. Analisa os impactos da colonização, e da colonialidade, sobre os sistemas políticos e as vidas na América Latina, incluindo o Estado Brasileiro, e salienta a importância da Educação e da Filosofia/Ética da Libertação para a compreensão materialista-histórica-dialética da realidade, com diagnóstico de necessidades, e a propositura de soluções que afirmem concretamente a humanidade de todas as pessoas. Os caminhos para a transformação passam pela organização e efetivação de um projeto coletivo de modificações estruturais profundas nos Estados-Nação que sofrem os impactos da colonialidade. Para tanto, deve ser concretizada uma visão inclusiva de justiça e cidadania, que dê conta de promover e legitimar transformações estruturais e reconhecer subjetividades. Desse modo, essencial imprimir reais significados libertadores aos direitos humanos, relações em constante mutação e ampliação.

Palavras-Chave: colonialidade; direitos humanos; libertação.

¹ Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Defensora Pública do Estado do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa- UFV (2015). E-mail: samanthanegris@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3817948354045854>.

² Graduado em Filosofia e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutor em Serviço Social, pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), e Pós-Doutor em Política Social pela UFES. Professor do Curso de Serviço Social e do Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local da Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória/ES (EMESCAM). E-mail: cesar.cruz@emescam.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1459198997238731>.

RESUMEN

La obra investiga la construcción histórica de los derechos humanos y su papel en las luchas por la emancipación/liberación. Contextualiza los efectos de las demandas de derechos para aumentar los niveles de ciudadanía en los países “centrales” y en los países colonizados al largo de la historia, enfatizando la cuestión de la universalidad. Analiza los impactos de la colonización y de la colonialidad en los sistemas políticos y de vida en América Latina, incluido el Estado brasileño, y destaca la importancia de la Educación y la Filosofía/Ética de la Liberación para la comprensión materialista-histórica-dialéctica de la realidad, con un diagnóstico de necesidades y la propuesta de soluciones que afirmen concretamente la humanidad de todas las personas. Los caminos hacia la transformación pasan por la organización e implementación de un proyecto colectivo de profundos cambios estructurales en los Estados-Nación que sufren los impactos de la colonialidad. Para ello, se debe implementar una visión inclusiva de justicia y ciudadanía, capaz de promover y legitimar transformaciones estructurales y reconocer subjetividades. Por tanto, es imprescindible dar significados reales y liberadores a los derechos humanos, relaciones que cambian y se amplían constantemente.

Palabras clave: colonialidad; derechos humanos; liberación.

1 INTRODUÇÃO

A filosofia e a ciência têm uma pretensão importante de universalidade, o que não afasta a constatação de que as teorias desenvolvidas sempre estão atreladas a contextos históricos determinados. Por outro lado, a epistemologia mais aceita em determinado tempo histórico é construída por segmentos dominantes, e oculta formas de conhecimento e de agir consideradas incorretas e inferiores. Essa estrutura é potencializada nos sistemas coloniais, desenvolvidos sobre a racialização, associada à dominação política, econômica e epistemológica.

Diante dessa constatação, correntes filosóficas buscaram compreensões das múltiplas determinações dos fenômenos, com o reconhecimento da ausência de neutralidade inerente a qualquer explicação da realidade. Na seara do direito, o olhar crítico evidencia a distância entre, de um lado, as promessas dos direitos humanos, sustentadas, ao menos inicialmente, ainda que sem exclusividade, em pensamentos iluministas eurocêntricos, atrelados ao sistema capitalista, e, de outro, a materialidade das relações sociais, sobretudo em países colonizados.

Ressalta-se que sempre houve contestações por melhores condições materiais de vida. Porém, apesar de componentes marcadamente populares em sua origem, as Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII consagraram em seus instrumentos legais a visão formal dos direitos humanos, na dimensão civil-política, à qual se acresceram outras a partir de processos históricos reivindicatórios. Contudo, o potencial emancipatório dos direitos humanos encontrou, historicamente, obstáculos ainda

mais rígidos nos Estados que surgiram após os processos de independência política das colônias. Desta forma, este artigo busca responder ao problema que surge a partir da constatação da limitação histórica e estrutural dos níveis de cidadania nos Estados colonizados, registrada no plano material e legitimada no plano jurídico-teórico-formal, em busca de compreensões de justiça prático-teóricas que apontem mecanismos de transformação.

À luz dessas considerações, os objetivos deste trabalho consistem em avaliar a construção histórica dos direitos humanos, problematizando a compreensão de sua universalidade; analisar a colonialidade do poder, do saber e do ser como sustentáculos da construção dos Estados “pós-coloniais” latino-americanos, a partir da Filosofia/Ética e Pedagogia da Libertação, e sua consequência para a compreensão do papel do direito; e investigar, à luz desses referenciais, o papel dos direitos humanos para a construção de um “Estado-Nação” decolonial, através de lentes que busquem enxergar formas de transformar a sociedade para maiores níveis de inclusão, superando-se desigualdades estruturais.

A pesquisa foi conduzida à luz do método materialista-histórico-dialético, pela investigação do real em suas múltiplas determinações. Compartilha a compreensão jurídica do direito como aliado de lutas por libertação/emancipação, à luz da posição teórica de autores como Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Junior e Boaventura de Sousa Santos; da Pedagogia da Libertação, de Paulo Freire, e da Filosofia/Ética da Libertação, de Enrique Dussel; da colonialidade e da dependência, especialmente com esteio em Aníbal Quijano e Florestan Fernandes; bem como de compreensões críticas sobre justiça, liberdade e lutas por direitos, em atenção às múltiplas vulnerabilidades, analisadas em perspectiva totalizante, sobretudo a partir de Angela Davis e Nancy Fraser.

2 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB O PRISMA DA HISTORICIDADE MATERIAL: O CONTRAPONTO ENTRE A UNIVERSALIDADE FORMAL E A AÇÃO PARA A EMANCIPAÇÃO DE TODAS AS PESSOAS

A história dos direitos humanos evidencia a disputa constante por ampliação das zonas de proteção, em processo histórico dialético composto por contradições inerentes. A expansão dos patamares de liberdade, igualdade e fraternidade não apareceu sem lutas sociais incessantes.

Os documentos internos e internacionais, com destaque para a Declaração de Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas, e os posteriores Pactos de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no âmbito universal, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969,

e o Protocolo Adicional, de São Salvador, de 1988, no regional, ampliaram, paulatinamente, o conteúdo de direitos considerados “humanos”, e há avanços sociais concretos que refletem as demandas produzidas pelos movimentos de contestação e resistência. Porém, estamos muito distantes de uma sociedade em que todas as pessoas sejam incluídas no projeto de cidadania.

Nesse contexto, a postura teórica de “O Direito Achado na Rua” parte da premissa de que o Direito é resultado de um processo histórico permanente de libertação, decorrente de lutas sociais (Lyra Filho, 2003; Sousa Junior, 2008). Portanto, representa um suporte para a construção de um instrumental jurídico emancipatório, aliado à justiça social (Sousa Junior, 2019). Os direitos são reconhecidos como relações, sempre em expansão (Sousa Junior, 2021).

Em uma teoria clássica, o sistema de direitos humanos representa uma luta contínua e progressiva por justiça, ancorado em princípios axiológicos como liberdade, igualdade e fraternidade (Comparato, 2013). Postulado ético importante para o surgimento das primeiras Cartas de Direitos é o conjunto teórico kantiano, ao assegurar que todo “homem” possui dignidade inerente, devendo ser tratado como fim, diferenciando-se das coisas, que possuem um preço, um valor relativo; bem como que toda pessoa possui capacidade de autodeterminar-se, de atribuir a si próprias leis morais, de forma livre e autônoma (Comparato, 2013).

A leitura formal da história poderia sugerir que os documentos normativos enunciaram direitos considerados consensuais e universais. Esconde, entretanto, a trajetória das lutas populares necessárias para que ali se chegasse, e como o resultado, já no primeiro momento, foi insuficiente, uma vez que se distanciou daquelas demandas, lastreando-se em correntes filosóficas de matriz liberal e em necessidades concretas da burguesia ascendente.

Desta forma, o propagado universalismo consagrado pelas Revoluções Burguesas mostrava-se falso, uma vez que se convivia com a restrição de direitos à grande maioria das pessoas, como mulheres e escravos, sobretudo quando se foca a situação dos povos colonizados. O caminho que avança além da liberdade e da igualdade formais, conquistadas a partir das Revoluções Burguesas, mas cujos efeitos “práticos” ficaram restritos àqueles que possuíam poder político e econômico, passa por lutas contínuas em prol da ampliação dos espaços de cidadania.

Com efeito, o liberalismo sempre conviveu com exclusões no plano da materialidade, inclusive com a defesa aberta da escravidão, e de outras formas de exploração e de opressão, inerentes ao capitalismo. O que se verificou, no plano jurídico das Declarações de Direitos, foi a prescrição de direitos civis a “todas as pessoas”, com exclusão, desde o primeiro momento, de escravizados. Implementam-se apenas liberdades privadas, sem incluir, sequer, os direitos políticos, nem mesmo no plano formal. Destinou-se uma mera cidadania passiva a todos aqueles que não fossem homens proprietários,

como mulheres e trabalhadores em geral (Losurdo, 2006). Apesar de expansões formais nos documentos normativos, as demandas por liberdade de ter papel ativo na gestão da coisa pública e efetivar alterações nas condições materiais de vida permanecem.

A aparente esfera de liberdade, igualdade e propriedade encobre, na verdade, os verdadeiros personagens desta trama: o capitalista, possuidor dos meios de produção, e o trabalhador, que possui apenas sua força de trabalho, “[...] tímido e hesitante, como alguém que trouxe sua própria pele ao mercado e, agora, não tem mais nada a esperar além da... esfolação” (Marx, 2017, p. 250-251).

A exploração permaneceu sendo ainda mais acentuada nos países colonizados após sua Independência política, com destaque para a América Latina, em que a dependência econômica assume características peculiares. De qualquer modo, a abolição no plano jurídico-formal da escravidão foi importante, mas não suficiente. Nas precisas palavras de Marx (2017, p. 372), “[...] o trabalho não pode se emancipar na pele branca onde na pele negra ele é marcado a ferro”. Porém, o sistema capitalista permanece forçando os trabalhadores [livres] a “vender a si e a suas famílias à morte e à escravidão” (Marx, 2017, p. 373-374).

Compreender o direito de forma dialética, como produto de demandas por libertação ao longo da história, permite apreender as contradições reais entre lei e justiça e caminhar para sua superação prática (Sousa Junior, 2008), ao visualizá-lo como aliado de lutas por libertação (Lyra Filho, 1983). Assim, verifica-se que seus resultados não se resumem aos interesses dos grupos dominantes, podendo ser identificada perspectiva emancipatória em diversos momentos históricos. De fato, as lutas dos trabalhadores e trabalhadoras por redução da jornada de trabalho, ponto central para redução da exploração, também apresentou, historicamente, um componente de luta por direitos (Marx, 2017, p. 350).

Até mesmo a luta por direitos civis básicos permanece importante, especialmente quando se está diante de situações de completa desumanização (Davis, 2018), resquícios do colonialismo. Cuida-se de inserir do “lado de cá” aqueles que estão “para além da linha abissal”, em situação de “não-cidadania” (Santos, 2007, p. 92-95), para quem as demandas por direitos humanos, em sua perspectiva tradicional, não se aplica.

As lutas por enunciação dos direitos humanos são parte essencial das demandas por liberdade, uma das formas efetivas de enxergar e nomear as desigualdades invisibilizadas, mas a leitura crítica da realidade histórica nos demonstra que estas não se resumem a eles (Davis, 2018). Os diplomas legais, em seu estatuto formal, não podem ser compreendidos como ponto de chegada das lutas por emancipação; a alteração das práticas sociais depende de modificações estruturais, da superação de um sistema exploratório e opressor.

A construção dos direitos humanos em bases emancipatórias, no seio de lutas políticas por igualdade e liberdade para todas as pessoas, deve se dar a partir do di-

álogo intercultural e das trocas de saberes, que supere a “tirania do universal” (Davis, 2018), a qual pretende impor uma forma de pensar sobre todas as outras e invisibiliza diferenças historicamente construídas, em termos de raça, de gênero, de classe, de sexualidade, de nacionalidade.

Como explica Nancy Fraser (2007, 2009), uma concepção de justiça capaz de abranger a complexidade do sistema capitalista, e a ela se contrapor, deve ser consistente. Para ela, é composta por dimensões de redistribuição, reconhecimento e representação. Sua teoria, desenvolvida a partir das lentes de gênero, tem como premissa o “princípio do igual valor moral”, de modo que “[...] requer arranjos sociais que permitam que todos participem como pares da vida social”, englobando as esferas econômica, cultural e de participação ativa, em escala internacional (Fraser, 2009, p. 17-18). A interconexão desses elementos supera o falso universalismo, sobretudo pela utilização de políticas de transformação, para além da mera afirmação, a fim de promover condições materiais dignas de vida a todas as pessoas.

Nessa ordem de ideias, a construção do conhecimento científico, e a compreensão e prática do direito, devem ser realizadas de forma plural e democrática, em atenção às necessidades específicas de nosso espaço-tempo histórico, sempre sob o horizonte da visibilidade das múltiplas determinações que compõe a realidade, e de suas interconexões, à luz da totalidade, que abra espaço à exterioridade, para que soluções efetivas possam ser construídas aos problemas identificados.

3 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA DECOLONIALIDADE: INFLUÊNCIAS DA PEDAGOGIA E DA FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO PARA A VISIBILIDADE DAS OPRESSÕES E O RECONHECIMENTO DE NECESSIDADES CONCRETAS

A Pedagogia e a Filosofia da Libertação rompem, epistemologicamente, com o paradigma da colonialidade-modernidade, intimamente ligado ao sistema capitalista, estruturalmente racista e sexista. Ao valorizarem o saber popular e buscar conhecer a totalidade das relações sociais, dão visibilidade aos conflitos, e apontam caminhos para transformação. Mostram-se como parte importante de construção de um projeto de resistência ao padrão colonial de poder, de saber e de ser. Diferentemente do pensamento considerado “tradicional”, ao reconhecer sua origem abre seu olhar à apreensão da totalidade que englobe o “Outro”. Desse modo, por meio da alteridade, caminha para além das parcialidades falsamente universais, que apenas reproduzem paradigmas dominantes.

A Filosofia da Libertação busca reconhecer a presença de todos os marginalizados, com olhar para a concretude da vida (Dussel, 1995; 2000). O necessário res-

peito à alteridade determina a contraposição absoluta ao sistema capitalista, de carga ainda mais acentuadamente exploratória nas terras latino-americanas. Afinal, esse sistema é baseado na exploração dos seres humanos, “[...] condição de sua própria manutenção e sobrevivência” (Pansarelli, 2015, p. 163).

Estabelece diálogo com as demais teorias que buscam superar a situação de opressão e de dominação, e desenvolve análises a partir da realidade da América Latina, cujo “descobrimento” representou condição para o estabelecimento da hegemonia europeia. Trata-se de promover uma releitura da construção do projeto de Modernidade, que permite desvelar sua face de estabelecimento de domínio econômico, político e, em um segundo momento, cultural, por parte da Europa, a qual reescreveu a história e instituiu seus valores, sua parcialidade, como universais.

A libertação significa, portanto, a superação da opressão, a afirmação da alteridade, do “ser-mais” (Dussel, 1995; Freire, 2019a). Este processo caminha em busca do reconhecimento do outro como “Outro”, e não sua redução ao mesmo, o que se dá na realidade das relações materiais (Pansarelli, 2015).

Para a construção da “Filosofia da Libertação”, Dussel (1995, p. 118-120) retira elementos tanto do “universalismo formal da moralidade”, como da “substancialidade concreta da eticidade”, mas vai além de ambos. Portanto, enquanto a Ética do Discurso “[...] parte da própria comunidade de comunicação”, a Ética da Libertação parte “[...] dos afetados excluídos dessa comunidade: as vítimas da não-comunicação” (Dussel, 2000, p. 418). Explica que todo acordo produz excluídos, e, à luz do paradigma existente, nem todos são percebidos. É imprescindível que os vitimados sejam reconhecidos em suas particularidades, como “Outros”, não reduzíveis ao todo, ao “mesmo”.

Nesse sentido, o que poderia constituir situação de exceção a um acordo moralmente válido, como uma guerra, ou outra condição particular de opressão, é posto pela Filosofia da Libertação no plano da realidade, da atualidade (Dussel, 2000; 1995). Ainda que essas situações possam ser superadas, o procedimento de libertação, exige, antes de tudo, tomada de consciência, de modo que, no plano concreto, aquela moral discursiva de nada serve.

Dessa forma, a premissa da alteridade e o método filosófico da analética ensejam uma “[...] chave interpretativa que pode ser utilizada na busca por compreensões alternativas de quaisquer aspectos da realidade” (Pansarelli, 2019, p. 256). A universalidade aparece, portanto, de forma temperada, reconhecendo sua parcialidade e, neste passo, abrindo-se à compreensão da totalidade.

Assim, para a Pedagogia da Libertação, a educação, por ser produção humana, significa intervenção no mundo, para as direções que a consciência e a ação formularem (Freire, 2019b). Tem um papel central no caminho da libertação, acompanhando o movimento de tomada de consciência e ação para transformação, que é *práxis* (Freire, 2019a). A pedagogia radical representa conscientização acompanha-

da da ação política, de modo que exige posicionalmente e é oposta da neutralidade (Hooks, 2013). Deve ser espaço de reconhecimento das diferenças (Hooks, 2013), das diversas compreensões de mundo (Freire, 2019c), em um diálogo *com* e não *aos* participantes (Freire, 2019c). Certamente, a educação é condição imprescindível para a libertação (Davis, 2018), a qual constrói espaços de consciência crítica e autonomia para a proposição de soluções.

Diante do fatalismo imposto pelo conjunto de ideais dominantes, sobretudo no contexto neoliberal, a esperança é necessária, mas não suficiente, tampouco ingênua (Freire, 2019c). O desvelamento crítico da realidade representa o movimento de auto-consciência do ser humano autônomo e livre como parte ativa do movimento histórico e deve suscitar inconformismo e ação para eliminar a violência e transformar a realidade concreta que sustenta a opressão (Freire, 2019a).

A formulação teórica acerca da colonialidade, por sua vez, construída por diversos autores latino-americanos, especialmente Aníbal Quijano (2005), explica a manutenção das relações de produção e das formas de poder, de produzir conhecimento, de valorar esteticamente as coisas e as pessoas, para além do tempo histórico do colonialismo. Para Quijano (2005), estão intimamente conectados o descobrimento da América, a estruturação do capitalismo, o eurocentrismo (dominação europeia em nível mundial), o racismo e a divisão do trabalho, interna e internacional. O racismo constituiu mecanismo para conferir legitimidade pretensamente natural e científica às relações de dominação instituídas pelo colonialismo (Quijano, 2005). Por conexão, foram formuladas teorias legitimadoras nos campos político, econômico, moral, além do epistemológico, instituindo-se um sistema de dominação em nível mundial.

A descolonização, como processo histórico-social, não se confunde com a “desagregação do antigo regime colonial”. Aquela não era o real interesse dos estamentos dominantes, que acabaram por conduzir o processo para a manutenção das estruturas sociais e econômicas, com poucas alterações político-legais, de modo a manter sua hegemonia no plano interno. Para esses grupos, o interesse é o “congelamento da descolonização”, a qual não será jamais realizada sob o “capitalismo neocolonial” e o “capitalismo dependente”, vigentes historicamente na América Latina, por exigir soluções que importem modificação estrutural (Fernandes, 2015, p. 100-104).

A qualquer sinal de força popular, mesmo para reformas, ainda que consideradas urgentes, em um estágio pré-revolucionário, portanto “dentro da ordem”, historicamente a burguesia recorreu às armas na América Latina. As lutas populares, em um cenário de organização e consciência de classe, são essenciais para o tensionamento de forças, ainda que se iniciem no panorama de reformas burguesas, e nem mesmo essas se concretizaram nos países de capitalismo dependente (Fernandes, 2015).

A teoria da colonialidade do poder e do saber promove uma reorientação para lutas anticoloniais, de crítica ao paradigma moderno (Segato, 2013). A sociedade co-

lonial sustenta-se sobre a construção da ideia de raça, a qual inclui a destruição de subjetividades, reduzidas à tábua eurocêntrica de valores. Este sistema produziu reordenação epistemológica da própria história e de toda produção de conhecimento. Sob essa chave, compreende-se que a hierarquia de gênero, eixo central dos estudos feministas, e importante lente para compreender-se a totalidade do sistema capitalista, ainda que decorra de uma construção anterior, também é reconfigurada a partir do colonialismo, o qual está conectado ao capitalismo, e é intercalada com o racismo.

De fato, a busca por igualdade, incluindo a de gênero, em formato abstrato e individualista contribui para acentuar a fragilização das vulnerabilizações sociais. A postura decolonial permite reconhecer dimensão coletiva e estruturante dos papéis de gênero, conectada a todas as demais vulnerabilidades (Segato, 2012). Assim, o Estado de Direito desestruturou sistemas comunitários tradicionais, e o direito, se visto sob enfoque meramente formal, sem real potencial transformador da materialidade em prol de maior inclusão, pode aparecer como pretense remédio a um problema por ele mesmo construído. Na verdade, ao projeto descolonial cumpre traçar uma crítica construtiva aos direitos fundamentais e políticas públicas, para produzir fissuras no projeto binário colonial (Segato, 2012). Portanto, o papel do Estado decolonial deve ser garantir a autonomia dos povos tradicionais, devolvendo-lhes o poder de deliberação e a condução de sua própria história (Segato, 2012).

Os dualismos são inerentes à forma de pensamento eurocêntrica, que gera exclusões absolutas, dentro de um padrão de normalidade pretensamente universal. Com efeito, o novo e radical dualismo proveniente da colonialidade afetou as relações raciais e as, mais antigas, relações sexuais de dominação (Quijano, 2005).

Nesse sentido, exsurge a importância do “giro decolonial”, ao apontar um novo paradigma, um caminho não de nostalgia, mas de esperança. Representa a desconstrução de formas coloniais-modernas de pensar e produzir conhecimento, e a construção de uma outra, com um olhar a partir dos povos colonizados (Segato, 2013).

Para a Teoria da Dependência, contraponto ao desenvolvimentismo, não existem etapas igualmente disponíveis a todos os países do mundo. Na verdade, encontram-se em situação de desigualdade, conforme sua inserção na divisão internacional do trabalho. Desse modo, para os países dominados, periféricos, o “subdesenvolvimento” é crônico, a outra face da moeda do desenvolvimento dos países centrais. A superação só ocorrerá pela reformulação total do sistema político e econômico, em um projeto de decolonialidade, em prol da libertação humana integral (Sousa, 2014).

De fato, a exclusão absoluta, como a divisão entre os do lado “de cá” e do lado “de lá” da linha abissal, é realidade absolutamente fundante das relações sociais latino-americanas (Sousa, 2019). A lógica da juridicidade dos “direitos humanos” foi tradicionalmente concebida para abarcar os que estão do lado metropolitano, sem objetivo de incluir, nem mesmo em tese, os que estão na parte colonial. Para eles, sempre se

aplicou a lógica da expropriação e da violência, destoantes de qualquer projeto de cidadania, de justiça social, de construção de um Estado-Nação como projeto coletivo.

O pluralismo filosófico conecta-se ao pluralismo jurídico, que abre espaço para a alteridade e, assim, a quebra da lógica da totalidade excludente inerente à colonialidade. A ética da alteridade distancia-se da ética do discurso justamente por levar em conta um antecedente à argumentação, isto é, as possibilidades reais de participar, tomadas no plano da materialidade da vida, condição de validade do processo argumentativo. Assim, todos os sistemas, incluindo o subsistema direito, devem ter como referência a vida humana, que é fonte de todos os demais direitos (Ludwig, 2015).

A categoria “exterioridade” tem importância fundamental, pois permite pensar para além da totalidade da filosofia moderna, ao reconhecer a opressão sofrida pelos excluídos. Sua afirmação consiste em “fonte axiológica da exigência de justiça” (Ludwig, 2015, p. 123), permitindo abrir caminhos para a emancipação e libertação de todos historicamente vistos como “Outros” e, assim, reduzidos ou invisibilizados em suas subjetividades. Conecta-se ao pluralismo jurídico, que reconhece o bloco social dos oprimidos como sujeitos coletivos de produção de novos direitos, como sujeitos viventes comunitários (Ludwig, 2015).

Pensar o direito a partir do viés da Filosofia/Ética e da Pedagogia da Libertação permite compreendê-lo como possível aliado das lutas por emancipação, com um papel importante a cumprir para o tensionamento das estruturas sociais, para a disputa de narrativas que promova fissuras na lógica de dominação e opressão decorrentes da colonialidade.

4 CAMINHO PRÁTICO-TEÓRICO PARA MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS: APROFUNDAR O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DE UM PROJETO DE ESTADO-NAÇÃO DECOLONIAL

A colonialidade impediu o surgimento das ideias de nação e de cidadania, que haviam sido construídas a partir do paradigma europeu ocidental (QUIJANO, 2005). Na América, inserida no capitalismo mundial em posição de dependência, os povos originários tiveram suas formas de vida destruídas, e, adicionalmente, tiveram impedidas a construção de laços institucionais importantes para assegurar padrões mínimos de vida digna no âmbito da Modernidade. Não puderam se socorrer dos instrumentos criados pela Modernidade para a justiça social, como os direitos fundamentais, a cidadania ampliada, a democracia efetiva, a construção de um Estado-Nação imbuído de referências comuns, em que todos se considerassem como partes de um projeto compartilhado.

O Novo Estado independente, por conseguinte, “[...] não era nacional em relação à imensa maioria da população e não era democrático; não estava fundado na efetiva cidadania majoritária nem a representava” (Quijano, 2021). A cidadania liberal nunca esteve ao alcance de todos, uma vez que a racialização a tornava impossível de ser alcançada (Quijano, 2021).

Com efeito, o constitucionalismo moderno sustenta-se sob uma perspectiva nitidamente eurocêntrica. Assim, a ideia de nação é compreendida de forma homogeneizante e excludente, em viés uniforme e desenvolvimentista, em que as nações europeias e suas instituições consistiriam no ápice do critério valorativo, e as diversidades culturais, marcantes no contexto latino-americano, são invisibilizadas (Baldi, 2012). Formatada para responder a problemas da realidade europeia, a teoria foi, proposital ou inadvertidamente, transplantada para as antigas colônias, auxiliando na consolidação dos padrões coloniais de dominação.

Nesse cenário, a descolonização política ocorreu de forma limitada, sem ruptura com a ordem econômica e social existente. Na verdade, não houve sequer uma “revolução” nos moldes burgueses, dentro da ordem capitalista, como ocorrera nos países centrais. As revoluções aqui são permanentemente interrompidas, para que a ordem seja estabelecida, mantendo-se a enorme desigualdade, com o controle do poder político e econômico nas mãos dos grupos dominantes (Fernandes, 2015).

O Estado brasileiro, representativo do movimento que ocorreu em todas as colônias modernas, com destaque para a América Latina, com mais semelhanças do que diferenças entre os países, assentou-se sobre a chaga da racialização e da escravidão, além da opressão sexual e da abissal segmentação de classes sociais, com superexploração do trabalho. Como consequência, o mercado de trabalho nacional continua a apresentar baixos rendimentos e grande desigualdade entre os trabalhadores (IBGE, 2022).

É necessário avançar, construindo caminhos de verdadeira descolonização, de transformações “dentro da ordem” e de rupturas “contra a ordem” (Fernandes, 2015, p. 91-111). Assim, a luta por identidades, na América Latina, passa pela “redefinição da questão nacional”, para que se possa romper com a forma colonial de poder (Quijano, 2005).

Com efeito, o projeto capitalista sempre foi excludente, e duplamente em relação aos latino-americanos, em efeitos ainda mais acentuados pelo Neoliberalismo, conjunto de teorias e práticas políticas e econômicas, além de culturais, que acentua o individualismo, a competição e a mercantilização de todos os bens e serviços (Chauí, 2020). Trata-se de pautas que buscam conter ímpetos transformadores trazidos por teorias e práticas sociais (Fraser, 2016). Nesse cenário, afasta-se o Estado da promoção de serviços públicos, essenciais à concretização da cidadania universal. As crises seguem-se em velocidade elevada, com efeitos maiores sobre os grupos já vulnerabilizados.

Mesmo em países centrais, a afirmação de direitos para além do núcleo central de “liberdades” formais, política e econômica, firmado a partir das Revoluções Burguesas, se deu a partir de muitas lutas. Porém, até mesmo a garantia desses direitos para um número maior de pessoas, ampliando a construção da cidadania, como se deu com a mobilização pelos direitos civis e políticos das mulheres, se deu em detrimento dos oprimidos dos países periféricos, subjugados na divisão interna e internacional do trabalho, não reconhecidos nem mesmo como seres humanos iguais.

Nesse sentido, na América Latina promoveu-se a exclusão epistemológica da própria humanidade dos povos originários, bem como dos africanos trazidos como escravizados. Para Quijano (2021), trata-se de “[...] autêntico incômodo político e teórico na América Latina”, que, para ser solucionado, necessita de ações voltadas a eliminar as condições de exploração e “descolonizar as relações políticas [...]” e de “[...] dominação social por meio da expurgação de ‘raça’ como a forma universal e básica de classificação social”. Dessa forma, será possível desatar o nó “[...] que ata o movimento histórico da América Latina: o desencontro entre nação, identidade e democracia”.

A falácia desenvolvimentista é escancarada ao se examinar a divisão internacional do trabalho e a situação histórica de dependência dos países colonizados: a opulência dos grupos dominantes do mundo inteiro, e mesmo a construção de parâmetros mínimos de justiça social nos países centrais, é acompanhada da fragilidade quase absoluta das políticas sociais nos países periféricos, com abismos quase intransponíveis a afastar aqueles que, nem em tese, foram considerados como parte do projeto de construção da “nação”. A democracia liberal jamais replicará nesses países processos históricos semelhantes aos dos países centrais, os quais também já se mostraram inconsistentes, uma vez que é cada vez mais evidente o caráter destrutivo do sistema produtivo vigente.

Historicamente, o constitucionalismo latino-americano, recheado de promessas, não foi acompanhado de mudanças sociais efetivas (Quijano, 2021). O movimento constituinte brasileiro de 1987/1988, contudo, pode ser apontado como um símbolo de resistência a essa composição tradicional. Apesar do histórico nacional de extrema desigualdade, e da composição conservadora de cadeiras decorrente das eleições para a assembleia nacional constituinte, as lutas que ensejaram o fim da ditadura militar e a promulgação desta Constituição simbolizaram avanços importantes nas pautas “progressistas”, resultados da disputa de forças entre os movimentos populares e os estratos tradicionais de poder. Mostraram que as conquistas sociais não são fruto de simples acomodações da ordem capitalista, ainda que este componente também esteja envolvido na equação.

A partir de 2016, todavia, o País sofreu um grave processo de retirada de direitos conquistados, que contribui para reforçar estruturas de dominação, pressionando os

movimentos de resistência. Símbolo deste movimento, marcadamente neoliberal, foi a promulgação da Emenda do Teto dos Gastos Públicos, a EC nº 95, de 15/12/2016. Nesse sentido, nos últimos anos, as taxas de subocupação e desocupação aumentaram, diminuiu o rendimento médio domiciliar per capita, com perda mais acentuada para as mulheres e para pessoas negras (IBGE, 2022).

É necessária transformação completa da lógica colonial ainda presente na formatação do “Estado de Direito”, reforçada pelas concepções políticas e econômicas neoliberais (Santos, 2007), a fim de que haja efetiva construção de uma cidadania universal. As revoluções, por sua vez, devem ser autênticas, em atenção às realidades próprias desses países (Quijano, 2021). Trata-se de assegurar a dimensão da representação na formatação do poder constituinte, que interliga a redistribuição e o reconhecimento, a qual está ligada à luta por “enquadramento”, ou seja, à reestruturação das lutas por justiça, equilibrando as três dimensões, em níveis “pós-Westfalianos”, para além das fronteiras nacionais (Fraser, 2007).

No contexto atual, ressaltam-se os novos constitucionalismos latino-americanos. Destacam-se os documentos normativos boliviano e equatoriano, de 2009 e 2008, inseridos em uma fase mais marcadamente plurinacional do “horizonte multiculturalista” que anima o constitucionalismo no continente desde a década de 1980. Desse modo, a partir do reconhecimento da colonialidade e da valorização das formas de vida tradicionais, superam-se os limites do Estado de Direito moderno, e criam-se e redesenham-se instituições, bem como rol de direitos fundamentais, humanos e da natureza, além de formas de exigí-los e de interpretá-los. Incluem-se garantias fundadas na “cosmovisão indígena”, como a previsão de direitos à “*pacha mama*”, e a visão cosmológica baseada no “*buen vivir*”, o equilíbrio entre todas as formas de vida. Destaca-se a expressa previsão de uma “educação descolonizadora” na constituição boliviana, conteúdo que também pode ser percebido na equatoriana (Baldi, 2012).

Em proposta ainda mais avançada, enfatiza-se o projeto de constituição chilena (Chile, 2022), cuja construção fora aprovada em plebiscito realizado em 25/10/2020, mas cujo texto foi rechaçado em plebiscito ocorrido no dia 04/09/2022, em movimento que reforça a necessidade de lutas constantes para efetivação da inclusão de todas as pessoas em um projeto de nação decolonial. Este trazia elementos como a afirmação da plurinacionalidade do Estado, a efetiva paridade de gênero, ecologia integral, com ênfase para direitos da natureza e ambientais, e a proteção de direitos sexuais e reprodutivos.

A Filosofia/Ética da Libertação apresentam-se como marco teórico relevante para a compreensão crítica do direito. Cuida-se da busca por superar a ontologia totalitária do ser, para que o Outro seja visto e ouvido, com considerações que avançam para a inclusão de todas as formas de vida. Trata-se de produzir uma crítica que se mostre um elo entre teoria e prática, diagnóstico produzido por meio de lentes que

enxerguem para além do conhecimento universalizante hegemônico da modernidade e produza instrumental apto a implementar alternativas político-jurídicas de transformação, como um processo vivo de humanização e descolonização, que se construa sobre as necessidades e as lutas concretas, de forma plural e intercultural (Wolkmer, 2015).

Sob a ideologia neoliberal, o Estado se constitui sob o medo, o individualismo e a concorrência, e pauta uma política econômica de austeridade e de corrosão de direitos fundamentais. Nesse sentido, é impossível concretizarem-se os princípios do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, é importante destacar que a compreensão de que o direito se apresenta como instrumento de organização das demandas por liberdade, como defende “O Direito Achado na Rua”, produz uma institucionalidade alternativa, externando, em termos jurídicos, necessidades reais, interligando os planos ético, jurídico e político. Trata-se, ademais, de organizar o poder popular em termos de poder constituinte latente, que pode se manifestar em momentos de ruptura (Costa, 2021).

O Poder Constituinte firmado sob essas bases exige ampla participação popular, com capacidade de influência na formação dos textos normativos, sem que se trate o “povo” como entidade uniforme, a-histórica, não conflitual. Deve amparar a pluralidade de vozes e traduzir demandas jurídicas dos sujeitos coletivos.

Assim, ao dar voz aos múltiplos polos de produção jurídica é possível se valer do instrumental jurídico de forma contra-hegemônica (Santos, 2007). Com efeito, a “sociologia das emergências” possibilita analisar as diversas formas que assume a legalidade cosmopolita, aliada a movimentos emancipatórios, capaz de tensionar a utilização tradicional do direito como sustentáculo dos projetos hegemônicos (Santos, 2007). A pluralidade jurídica cosmopolita será aquela que efetivamente promova a inclusão social, aliando lutas políticas e formas jurídicas (Santos, 2007).

O reconhecimento das necessidades e das demandas por direitos, intimamente associado à educação libertadora, pode guiar a construção da cidadania, dando-se voz e vez aos historicamente oprimidos (Sousa Junior, 2008). Nesse contexto, é potente a instauração de processo constituinte verdadeiramente participativo, que marque presença no cenário de disputas de interesses e poderes, a partir das necessidades reais, e que faça emergir demandas por direitos, dando voz aos sujeitos coletivos, e permitindo uma nova virada na trajetória do reconhecimento e garantia de direitos no Brasil (Silva Junior; Sousa Junior, 2017). Resgata-se, assim, o espírito da constituinte de 1987/1988, que se valeu, e, em um ciclo produtivo, engendrou processo de acentuada matriz democrática.

Com efeito, compreende-se o direito como produto de relações sociais, assentado sobre subjetividades e construções históricas, lutas por igualdade e reconhecimento. Trata-se de valorizar o espaço público, e reconhecer que o direito é movimento

na história, instrumentaliza as demandas por liberdades, e pode se exteriorizar em leis, as quais se abrem também às disputas hermenêuticas. A legitimidade democrática depende de construção teórica e análise prática que reconheça o papel criador dos sujeitos coletivos, ao longo de todo o processo instituinte (Sousa Junior, 2021).

Por certo, o processo de modificação das relações sociais rumo à libertação é complexo, e só pode ser construído com a reunião das diversas subjetividades, em um espaço de disputa de narrativas, como aponta o novo constitucionalismo latino-americano. Nesse caminho, ressignifica-se o conceito de direitos humanos, para que alcance outras formas de vida, e para que se revele, na concretude das relações sociais, parte de processos mais amplos de transformação estrutural, de afirmação da dignidade, no plano concreto, de todas as pessoas historicamente invisibilizadas. Por consequência, remodelam-se os sistemas político e econômico, e, destarte, assegura-se uma institucionalidade representativa desta nova Ética.

5 CONCLUSÃO

A colonialidade significa o projeto político, econômico e epistemológico moderno, eurocêntrico, de exclusão da humanidade de todos os povos considerados “não-brancos”, que não se encerrou com o fim do colonialismo histórico. Centra-se, sobretudo, na ideia de inferioridade racial, a que se seguem outros dualismos excludentes, como o de gênero; na divisão do trabalho que a acompanha; bem como de linha evolutiva desenvolvimentista que aponta em direção ao modo de vida europeu.

A Filosofia/Ética e a Pedagogia da Libertação, com olhar desenvolvido especialmente para compreensão da realidade dos povos colonizados, destacadamente da América Latina, propõem a valorização das vozes historicamente silenciadas, o reconhecimento do outro, a construção do conhecimento de forma coletiva e participativa, a centralidade da vida. Desta forma, abrem o pensamento filosófico, em sua “universalidade”, ao reconhecimento das localidades, para além do projeto hegemônico eurocêntrico, em busca de soluções a problemas concretos.

Sob esse prisma, promove-se leitura crítica da história de elaboração, enunciação e atuação dos direitos humanos, que são essencialmente contraditórios, se investigados em sua realidade material, com lentes construídas pelo método materialista-histórico-dialético. Com efeito, surgem a partir de lutas por inclusão, por igualdade e liberdade, a partir de ideias lastreadas na dignidade inerente a todas as formas de vida, ainda que associadas, por vezes, a compreensões filosóficas também limitadas em seu potencial emancipatório. Porém, tradicionalmente, foram oficializados sob uma forma “universal” reducionista, uma vez que os poderes dominantes buscavam conter o potencial revolucionário advindo das lutas políticas dos que se sabiam oprimidos.

Os direitos humanos são importantes para nomear demandas concretas, e consistem em instrumento relevante na disputa de narrativas no cenário político das lutas por libertação. O desafio é não contentar-se com a perspectiva limitada de reconhecimento formal, enquanto se caminha para contestar a própria estrutura vigente. Sua promessa emancipatória só se concretizará na realidade material se se constituírem como parte das ações políticas por libertação, capazes de superar o fatalismo dominante e modificar a materialidade histórica, especialmente dos países historicamente marginalizados, submetidos à colonialidade.

A complexidade das relações que compõem a colonialidade só poderá ser resolvida por meio da estratégia igualmente multifacetada de libertação, a envolver os campos do poder, do saber, do ser. É importante unir a dimensão macro de justiça, que promova transformação de estruturas, com a dimensão micro, que promova reconhecimento de subjetividades. Ambas se unem em um projeto coletivo, já que, como explica Paulo Freire (2019a), a subjetividade só se faz na alteridade, e não se promove consciência social seguida de ação para transformação (praxis) sem o concurso de todas as pessoas envolvidas naquela realidade.

Na América Latina, a construção de modelos de organização política democráticos depende da compreensão, e consequente ação para superação, do padrão colonial de poder, de saber e de ser, um trabalho a envolver as variadas forças em movimento, em âmbito coletivo e internacionalista, sem que os conflitos sejam invisibilizados, mas antes sejam compreendidos como condições objetivas que desencadeiem processos emancipatórios. As lutas políticas por emancipação devem ter em sua pauta a construção de novas subjetividades e a autodeterminação de todas as pessoas.

Por consequência, de forma atual, no plano institucional posto, e, de forma latente, que pode se expressar em momentos de determinada correlação social de forças, como Poder Constituinte Democrático, pauta-se um novo Estado de Direito, outra forma de organização sociopolítica a ser ainda nomeada e caracterizada. Para contemplar esses princípios, deve reunir diversos projetos em seu interior, de forma colaborativa e participativa, a englobar as pessoas historicamente oprimidas, em atenção à justiça social e ao equilíbrio entre todas as formas de vida, para instituir no plano formal e na realidade prática os direitos provenientes das novas demandas apresentadas, em movimento de crescente inclusão.

REFERÊNCIAS

BALDI, César Augusto. Do constitucionalismo moderno ao novo constitucionalismo latino-americano descolonizador. In: BELLO, Enzo (org.). **Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 127-150.

Disponível em: < <https://www.uces.br/educs/livro/ensaios-criticos-sobre-direitos-humanos-e-constitucionalismo/>>. Acesso em 10 jan. 2022.

CHAUI, Marilena. O totalitarismo neoliberal. **Anacronismo e Irrupción**. Vol. 10, p. 307-328, n° 18, Mayo – Octubre, 2020. Disponível em: <<https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/issue/view/541>>. Acesso em 17 fev. 2021.

CHILE. PROPUESTA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2022. Disponível em: <<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>>. Acesso em 04 set. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 (598).

COSTA, Alexandre Bernardino. O Direito Achado na Rua e o neoliberalismo de austeridade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O Direito Achado na Rua**: Introdução crítica ao direito como liberdade. V.10. Brasília: OAB Editora; Editora Universidade de Brasília, 2021, p. 135-148. Disponível em: <<https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/book/116>>. Acesso em 19 out. 2023.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018 (138).

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação**: crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995 (160).

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000 (671).

FERNANDES, Florestan. **Poder e contrapoder na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: 2015 (148p).

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Revista Estudos Feministas** (v. 15, n. 2), Florianópolis, maio 2007, p. 291-308. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2007000200002/178>. Acesso em: 14 jun. 2020.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-64452009000200001&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 06 maio 2021.

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Revista Outubro**, 26, p.31-56, 2016. Disponível em: <http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/02_Nancy-Fraser.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 71. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019a (253).

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 62. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019b (143).

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança**: Um reencontro com a Pedagogia do Oprimido. 26. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019c (333).

HOOKS, bell. **Ensinando a transgredir**: a educação como prática da liberdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 (283).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101979> >. Acesso 15 nov. 2023.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do Liberalismo**. 2.ed. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação, crítica jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica descolonial. In: Wolkmer, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS / Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 117-128.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003 (93).

LYRA FILHO, Roberto. Humanismo dialético (I). **Direito e avesso**: boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira. Brasília: Nair, ano II, n. 3, p. 15-103, 1983.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política- livro I**: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017 (894).

PANSARELLI, Daniel. Enrique Dussel e a pedagogia latinoamericana. In: BOTO, C., ed. **Clássicos do pensamento pedagógico**: olhares entrecruzados [online]. Uberlândia: EDUFU, 2019, p. 245-265. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/fjnhs/pdf/boto-9786558240273-12.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2021.

PANSARELLI, Daniel. **Filosofia latino-americana a partir de Enrique Dussel**. São Bernardo do Campo: EdUFABC, 2015.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires, 2005, p. 117-142. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em 31 out. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Diversidade Étnica. **Latinoamericana**: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe. 2021. Disponível em: <<http://latinoamericana.wiki.br/verbetes/e/etnica-diversidade>>. Acesso em 03 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Vitória: FDV; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007 (112).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019 (478).

SEGATO, Rita. Aníbal Quijano y la perspectiva de la colonialidad del poder. In: _____. **La crítica de la colonialidad em ocho ensayos y una antropología por demanda.** 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013, p. 35-68. Disponível em: < <https://desarmandolacultura.files.wordpress.com/2018/04/segato-rita-laura-la-critica-de-la-colonialidad-en-ocho-ensayos.pdf> >. Acesso em 01 nov. 2021.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **e-cadernos CES** [Online], 18, p. 106-131, 2012. Epistemologias feministas: ao encontro da crítica radical. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/eces/1533>>. Acesso em 25 out. 2023.

SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. A luta pela constituinte e a reforma política no Brasil: caminhos para um “constitucionalismo achado na rua”. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1008-1027, 2017. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22331> >. Acesso em 23 out. 2023.

SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano** [recurso eletrônico]. Caxias do Sul, RS: Educus, 2014, p. 65-86. Disponível em: < https://fundacao.ucs.br/site/midia/arquivos/pensamento_pos.pdf#page=66 >. Acesso em 08 dez. 2021.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como Liberdade: O direito achado na rua- Experiências Populares Emancipatórias de criação do direito.** 2008. 338f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília- UnB, Brasília, 2008. Disponível em: < <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1401> >. Acesso em 21 abr. 2021.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos. **Revista Direito e Praxis**, vol.10, n.4, p.2776-2817, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000402776&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 maio. 2021.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Direito achado na rua: Questões de teoria e práxis. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O Direito Achado na Rua: Introdução crítica ao direito como liberdade.** V.10. Brasília: OAB Editora; Editora Universidade de Brasília, 2021, p. 71-101. Disponível em: <<https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/book/116>>. Acesso em 19 out. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde américa latina. in: Wolkmer, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina.** Aguascalientes: CENEJUS / Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 95-101.

A IMPRESCRITIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS SOB UMA PERSPECTIVA HUMANISTA: O CASO DO MASSACRE DE CORUMBIARA

LA IMPRESCRITIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA HUMANISTA: EL CASO DE LA MASACRE DE CORUMBIARA

*Paulo César de Lara¹
Dillings Barbosa Maquiné²*

RESUMO

Discute-se a questão da prescrição em relação às pretensões de reparação em casos de graves violações aos direitos humanos. Não obstante o avanço da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, busca-se demonstrar a necessidade de uma nova hermenêutica humanista para nortear as construções doutrinária e jurisprudencial no sentido de se reconhecer a imprescritibilidade do direito de pleitear a reparação por violações graves aos direitos humanos, abarcado também os fatos praticados em período de normalidade institucional, a exemplo do Massacre de Corumbiara, ocorrido no Estado de Rondônia, na Amazônia Ocidental, que vitimou trabalhadores rurais, mortos pela Polícia em uma ação de reintegração de posse.

Palavras-chave: direitos humanos; imprescritibilidade; massacre de Corumbiara; regime de exceção; reparação.

RESÚMEN

Este artículo analiza la cuestión de la prescripción de las acciones de indemnización en casos de graves violaciones de los derechos humanos. A pesar del avance de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia sobre el tema, se busca demostrar la necesidad de una nueva hermenéutica humanista que oriente las construcciones doctrinales y jurisprudenciales para

¹ Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Departamento de Relações Sociais, da Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná. Atuou junto aos Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. *E-mail:* paulocesardelara@gmail.com

² Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professor Universitário. Servidor de carreira do Ministério Público do Estado do Amazonas, tendo trabalhado em diversas unidades do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Especializadas na Proteção e Defesa do Consumidor, dos Direitos Constitucionais do Cidadão e do Patrimônio Público. *E-mail:* dillingsmaq@gmail.com

reconocer la imprescriptibilidad del derecho a reclamar reparación por violaciones graves de estos derechos, abarcando también hechos ocurridos durante un período de normalidad institucional, como la Masacre de Corumbiara, ocurrida en el Estado Provincial de Rondônia, en la Amazonía Occidental, que victimizó a trabajadores rurales, asesinados por la Policía en una acción de recuperación de posesión.

Palabras clave: derechos humanos; imprescriptibilidad; Masacre de Corumbiara; régimen de excepción; reparación.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição tem como finalidade limitar no tempo o exercício de direitos visando a estabilizar as pretensões na vida civil. No Código Civil de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, por óbvio, a prescrição era compreendida num contexto social muito diferenciado dos dias atuais, em que os negócios seguiam a própria estrutura social e caracterizando-se por serem conflitos intersubjetivos. Nesse período, praticamente inexistiam conflitos massivos e menos ainda intensa litigância contra o Estado, recentemente advindo da extinta monarquia e firmando-se como República.

Assim sendo, os prazos prescricionais estipulados no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, eram muito maiores que os prazos do Código atual, este concebido para uma sociedade caracterizada pela rapidez dos eventos e pela conectividade mundial que possibilita testemunhar e participar de eventos em tempo real nos mais distantes locais. Assim, justificava-se serem os prazos maiores sob a égide da legislação formulada, praticamente, na transição entre os séculos XIX e XX em um País continental, sem comunicação integrada e com imensa carência cultural, caracterizado pela ignorância quase coletiva sobre o direito do cidadão a ter direitos.

Se para os particulares existe um Código a mediatizar as relações jurídicas, quando o conflito se dá em face ao Estado a norma central no Direito brasileiro é o Decreto nº 20.910/1932 (Brasil, 1932), do período de Getúlio Vargas, o qual vem sendo aplicado praticamente sem restrições pelo aparato judiciário brasileiro. Não obstante, devido aos avanços sociais, tecnológicos e jurídicos, no plano internacional vem se construindo, desde 1916 até o presente, um sistema de proteção de direitos que rivaliza com as legislações internas, e este sistema determina serem “imprescritíveis” os direitos humanos, tratados como direitos fundamentais no plano interno. Diante deste conflito de grandes repercussões, constata-se a dificuldade do jurista brasileiro de operar com estas novas categorias surgidas na transição paradigmática da internacionalização do Direito.

Assim sendo, o presente artigo intento demonstrar a necessidade de uma nova hermenêutica humanista para nortear as construções doutrinária e jurisprudencial so-

bre a imprescritibilidade do direito de pleitear a reparação por violações graves aos direitos humanos. Para concretizar a reflexão jurídica ora desenvolvida, elege-se o Massacre de Corumbiara como caso concreto, analisando-o a partir de sua dinâmica processual, para daí extrair conclusões úteis, relevantes e necessárias à atual reflexão sobre o tema da prescrição e Direitos Humanos.

Para rechaçar de forma estreme de dúvidas a ideia de que direitos fundamentais prescrevem, inclusive no caso de violação na forma de tortura física e psicológica, analisam-se aspectos importantes do período de exceção democrática (1964-1985), para demonstrar que havia uma anormalidade total no plano político, social e jurídico. Demonstra-se num contexto histórico por que se sustenta a reparação dos danos por violações a direitos fundamentais pela ação ou omissão ilegal de agentes do Estado em períodos de exceção. De igual modo, demonstra-se que mesmo as graves violações a direitos humanos praticadas por agentes públicos em período de normalidade democrática (de 1985 até os dias atuais), também são imprescritíveis, não obstante a doutrina e jurisprudência não serem uníssonas neste entendimento.

O método de abordagem é o comparativo, tendo como critério as similitudes e diferenças entre as normas internas e externas relativas à questão da prescrição da pretensão de reparação, bem como entre as graves violações de direitos fundamentais ocorridas no regime militar e as havidas já no período de normalidade institucional. Como métodos de procedimento adota-se o analítico, tendo em conta a estrutura do sistema normativo, e o hermenêutico, considerando sua contextualização histórico-social. A técnica adotada é a de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Ao final, reconhece-se a insuficiência da atual tutela jurisdicional em relação ao tempo para o exercício do direito de requerer a reparação por graves violações dos direitos humanos, afirmando-se a necessidade de uma nova hermenêutica que reconheça a imprescritibilidade desses direitos, mesmo que as violações sejam praticadas em período de normalidade institucional.

2 2 O REGIME DE EXCEÇÃO E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Após a 2ª Grande Guerra, o mundo assistiu à ascensão da “Guerra Fria”, disputa de hegemonia geopolítica e ideológica entre os Estados Unidos e a União Soviética. Especialmente ao longo dos anos 1960, considerando a ocorrência da Revolução Socialista de Cuba e o real risco de seus efeitos para os demais países da região, os Estados Unidos da América (EUA) implementaram uma logística própria para a América Latina que consistiu, basicamente, em enfraquecer qualquer regime político que trouxesse risco real ou potencial aos interesses do grande Estado do norte.

Dessa forma, se percebe a partir dos anos 60 como que uma deposição em massa das lideranças políticas do subcontinente, fossem ou não vinculadas aos interesses soviéticos, bastando que se percebesse qualquer simpatia ou não comprometimento total aos interesses e estratégias dos EUA. Desse modo, viu-se eclodir por toda a América Latina diversos Golpes de Estado, com o apoio e a supervisão total do governo dos Estados Unidos, inclusive com envio de tropas de elite das forças especiais ianques, sendo que em 1964, de fato, perpetrou-se o golpe de Estado que depôs o Presidente João Goulart, o qual foi substituído por militares que assumiram o poder com a promessa de proceder a eleições diretas, livres e assegurar a Democracia e a liberdade no País, longe do risco das ideologias comunistas. Caíram de sul a norte e de leste a oeste os governos democráticos da América Latina e ainda se está em busca dos cacos desta tragédia.

Os chamados “Atos Institucionais” do Governo Militar desfiguraram totalmente a Constituição de então, inclusive com o fechamento do Congresso Nacional que, obviamente, não tinha uma avaliação tão negativa como nos dias atuais, e ainda, repetia-se o envio ao exílio de todos que poderiam significar algum tipo de risco à estabilidade do regime, dentre os quais uma das mais importantes figuras políticas da nação, o ex-presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira, o qual amargou anos de exílio na França. O regime destróçou o quadro de garantias coletivas e individuais, além de aparelhar as forças públicas de segurança, capitaneadas pelas Forças Armadas que, até então eram regidas pelos normativos constitucionais, passando-se a empregar a tortura como um meio comum para constranger vítimas a prestar informações, revelar possíveis planos, não havendo nenhuma distinção entre jovens, velhos, mulheres, homens, não importando a condição em que se encontravam.

Quando se defende a posição de que ocorre prescrição para se pleitear reparação de danos materiais e compensação por danos morais com base num Decreto (no caso, o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, de Getúlio Vargas), esse jogo de palavras se refere à prescritibilidade ou imprescritibilidade dos direitos fundamentais. Fala-se da dignidade da pessoa humana, mas na verdade não se tem a ideia, a figura mental, do que realmente aconteceu no período de exceção democrática (Agamben, 2004).

Sobre este período prestam preciosos testemunhos os coautores da obra “Um relato para a história - Brasil: Nunca Mais”, de 1985, organizada por Dom Paulo Evaristo Arns, Emérito Arcebispo de São Paulo, de saudosa memória, homem de imensa coragem que se contrapôs ao governo militar imensamente. A prática da tortura se “encarniçou” no imaginário das forças públicas de repressão. No testemunho do Cardeal Arns (1985, p. 45-50), vislumbra-se até que ponto os agentes da repressão atuavam cômicos de uma legitimidade neuro-psicopata, como bem evidenciam os diversos relatos que a referida obra reproduz.

3 3 O RETORNO À INSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA E A REPARAÇÃO EM RAZÃO DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Em face desse processo histórico de sistemática violação aos direitos humanos relativos à vida, à liberdade e dignidade, perpetrada mediante desaparecimentos forçados, tortura e prisão por delito de opinião ou por qualquer outra postura potencialmente lesiva ao Regime Militar (um regime de manifesta exceção à Democracia, que não respeitava garantias essenciais a uma convivência social sadia), o constituinte de 1987, atento aos anseios de justiça para as vítimas desse período, e tendo em conta os limites impostos pela Lei da Anistia,³ reconheceu o direito de ação de reparação *ex delicto* imprescritível, conforme prevê art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).⁴

Observe-se que a referida norma tem caráter reparador, tratando-se de obrigação de reparar decorrente da prática de violação a direitos fundamentais/humanos, afastada a possibilidade de punição dos autores dos respectivos crimes. Esta norma constitucional teve sua primeira regulamentação na Lei nº 9.140/1995, a qual tem sido um importante instrumento para assegurar justiça reparadora ante essas injustificáveis violações, que resultaram no desaparecimento forçado de dissidentes e opositores do regime de exceção.⁵

³ Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Concede anistia e dá outras providências.

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

⁴ Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT:

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo. [...]

⁵ Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995 – Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências.

Art. 1º São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 2002)

Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia.

Art. 11. A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei.

§ 1º Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). [...]

Em seguida, a Lei 10.559/2002⁶ regulamentou de forma abrangente o art. 8º do ADCT e criou o Regime de Anistiado Político, evidenciando muito clara a intenção reparadora dos prejuízos financeiros e morais, psicológicos e afetivos decorrentes das violações perpetradas no período de exceção. Entretanto, tem-se discutido em juízo estas reparações e não tem sido raro a União alegar prescrição do direito de reparação, não só em relação à Lei 9.140/95, mas aos direitos em geral.

Estas divergências de interpretação da Lei nº 9.140/95, de fato, têm sido um entrave para se alcançar a finalidade legal de reparação, razão pela qual se deve analisar as discussões em torno do prazo prescricional para o ajuizamento de ações indenizatórias. A União tem sustentado que a referida lei deve seguir prazos para efeito de reparação dentro do quinquídio, em observância ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32, afirmando ainda a reabertura dos prazos prescricionais pela Lei nº 9.140/95. Quando muito, aceita a imprescritibilidade dos direitos fundamentais, mas contanto que não haja repercussões na área financeira. Sendo assim, só estaria prescrito o direito a reparação de danos e compensação por danos morais.

Por outro lado, em 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 153 (Brasil, 2010), em decisão questionável, por contrariar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), reconheceu a recepção da Lei da Anistia pela Constituição Federal de 1988, estando a decisão, há mais de dez anos, esperando o julgamento dos Embargos de Declaração. A referida ADPF discute o aspecto da responsabilização criminal dos autores e não versa sobre a questão da reparação dos danos decorrentes das violações. Não obstante, o STF, no RE 1.427.694/SC, julgado em 01.09.2023, fixou

⁶ Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 – Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.

Art. 1º O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos:

I - declaração da condição de anistiado político;

II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1º e 5º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

III - contagem, para todos os efeitos, do tempo em que o anistiado político esteve compelido ao afastamento de suas atividades profissionais, em virtude de punição ou de fundada ameaça de punição, por motivo exclusivamente político, vedada a exigência de recolhimento de quaisquer contribuições previdenciárias;

IV - conclusão do curso, em escola pública, ou, na falta, com prioridade para bolsa de estudo, a partir do período letivo interrompido, para o punido na condição de estudante, em escola pública, ou registro do respectivo diploma para os que concluíram curso em instituições de ensino no exterior, mesmo que este não tenha correspondente no Brasil, exigindo-se para isso o diploma ou certificado de conclusão do curso em instituição de reconhecido prestígio internacional; e

V - reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político.

Parágrafo único. Aqueles que foram afastados em processos administrativos, instalados com base na legislação de exceção, sem direito ao contraditório e à própria defesa, e impedidos de conhecer os motivos e fundamentos da decisão, serão reintegrados em seus cargos.

a tese de que “É imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário decorrente da exploração irregular do patrimônio mineral da União, porquanto indissociável do dano ambiental causado.” Se em caso de crime ambiental-minerário (usurpação do patrimônio mineral, tipificado no Art. 2º da Lei n. 8.176/1991) a Corte entende não prescrever o direito de ressarcimento, com mais razão não se deve admitir a prescrição da pretensão de reparação em casos de violação dos bens jurídicos mais fundamentais da pessoa.

Não obstante a essa discussão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou posição de que o prazo de cinco anos deve ser aplicado em geral, mas, quando se trata de reparar violação a direitos fundamentais, deve-se afastar a aplicação do Decreto nº 20.910/32 para se reconhecer a imprescritibilidade dos direitos e esta deve ser a regra.⁷ Segundo a jurisprudência da Corte, o alcance da norma do art. 14 da Lei nº 9.140/95 não se restringe aos desaparecidos políticos, abrangendo também todas as ações indenizatórias decorrentes de atos arbitrários do regime militar, incluindo-se os que sofreram constrições à sua locomoção e torturas durante o período de exceção. Desse modo, reabriram-se os prazos prescricionais quanto às indenizações pleiteadas pelas pessoas ilegalmente presas e torturadas durante o período.

De fato, o entendimento acerca da imprescritibilidade da pretensão de reparação de danos decorrentes de graves violações a direitos humanos durante o regime de exceção já vinha se construindo há mais de uma década no Superior Tribunal de Justiça e, recentemente, este entendimento foi consolidado e sintetizado com a edição da Súmula 647, com o seguinte teor: *São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar* (STJ, 1ª Seção. Aprovada em 10/03/2021). Desse modo, o Decreto nº 20.910/1932 continua em vigor, contudo, o STJ reconheceu a derrotabilidade dessa norma diante de situações excepcionais de grave violação a direitos fundamentais pelo Estado (Bustamante, 2010), situação que caracteriza atuação anormal e contraditória aos fins institucionais e, nesse caso, não se pode aplicar leis que restrinjam a tutela sobre bens jurídicos fundamentais, como é o caso da norma que limita a prescrição a cinco anos em caso de pretensões de reparação contra a Fazenda Pública.

Considerando o atual sistema das cláusulas pétreas constitucionais, é correta a conclusão de que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto a República Federativa do Brasil tiver por fundamento a dignidade humana, conforme se infere do art. 60, §4º, da Carta Republicana. De modo que a tutela da dignidade humana é, por assim dizer, imprescritível. Ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso

⁷ “Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva” (REsp nº 379.414/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 17/02/2003, p. 225).

Especial Nº 85.158 – MG, o STJ analisou o caso de reparação por danos morais e materiais envolvendo indenização aos descendentes de dissidente político procurado na época do regime militar, determinando o prazo prescricional a partir de determinados critérios do direito interno assentando a inoccorrência de prescrição ante o disposto no art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse julgado a Corte assentou que a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República.

A base da imprescritibilidade dos Direitos Humanos é que tais direitos são a expressão mais viva da dignidade humana, cuja violação não se pode admitir em momento algum. No caso brasileiro este postulado toma ares técnicos mais definidos na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabelece ser a dignidade humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Um fundamento não pode prescrever obviamente, pois, na ausência do fundamento o corpo jurídico, que é estruturado neste fundamento igualmente sucumbe, não sendo possível sequer supor o resultado do esfacelamento estrutural de uma sociedade democrática, pluralista, pautada pela legalidade e o respeito aos Direitos Humanos. Por essa razão, não se pode cogitar da prescrição da própria dignidade humana.

4 OS BLOCOS DE CONSTITUCIONALIDADE E O *IUS COGENS*

No que concerne à proteção dos Direitos Humanos, observe-se haver normas internas e externas a tutelar o direito violado na perspectiva da justiça reparadora, que impõem ao Estado honrar as suas obrigações internacionais, respeitar as regras do *ius cogens* e dos tratados internacionais. Este sistema de normas, que assegura a reparação moral e material, não pode ceder ante a prescrição baseada em legislação editada em época em que não se retratava de forma adequada a tutela jurídico-política dos direitos fundamentais.

Importante assinalar que a Constituição Federal de 1988 não estabelece prazo prescricional para proteção de direitos fundamentais. Observe-se que os prazos para ingressar com ação trabalhista são explícitos; mas, a proteção de direitos fundamentais impõe um outro patamar interpretativo. Além disso, é necessário ter em conta a interpretação constitucional segundo a qual se deve interpretar de forma ampla a proteção de direitos fundamentais e de forma restrita as possíveis limitações. A evolução do espírito humano permite até se ponderar sobre a hierarquia de leis no plano da proteção dos direitos humanos, pois, nesse caso, não importa se a norma é interna ou externa, devendo prevalecer o princípio segundo o qual convém dar prioridade à norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, não importando seu grau hierárquico, sua origem jurídica.

Assim, sendo a finalidade do Direito proteger e promover a dignidade do ser humano, todo o aparato de normas há de ser interpretado pró-direito humano. Nesse sentido, ganha relevância a observância da noção de blocos de constitucionalidade. Esse conceito serve como um importante aporte hermenêutico na promoção da defesa dos direitos fundamentais ou direitos humanos, dependendo da perspectiva em comento.

Nesse sentido, a expressão “Direitos Fundamentais” possui um significado específico e restrito, referindo-se ao conjunto de direitos e liberdades que são oficialmente reconhecidos e garantidos por leis e instituições no âmbito de um sistema jurídico. Esses direitos são limitados no espaço e no tempo, e sua designação como “fundamentais” reflete seu papel crucial e base na estrutura jurídica e política de um Estado de Direito. Em suma, são os direitos essenciais e estruturais dentro do sistema legal de uma nação (Lara, 2014a, p. 8-12).

A noção de blocos de constitucionalidade, concepção de Favoreu (1991), compreende a necessidade de se aglutinar num bloco normas de várias instâncias visando à proteção efetiva da Constituição, entrando em cena o Preâmbulo da Constituição, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Tratados Internacionais de várias ordens, a própria Constituição, a sua jurisprudência e demais normas aptas a possibilitar uma jurisprudência constitucional à altura de sua missão máxima, qual seja, a proteção total, irretorquível da dignidade humana, fundamento de todas as Instituições Jurídicas e Políticas.

Conforme destacam Lopes e Chehab (2016, *online*), no Brasil, a resistência ao reconhecimento da existência de um bloco de constitucionalidade em relação aos direitos fundamentais foi relativamente superado com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao Art. 5º da Constituição, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Com essa norma, os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento adotado para a aprovação de emendas constitucionais passaram a ter a hierarquia de norma constitucional.

Um dos direitos mais evidentes e primários é o direito a ter direitos na expressão de Hanna Arendt (1989, p. 330), e, para tal, faz-se necessário garantir o acesso à Justiça. Arendt, se referindo a tragédia da recente Grande Guerra (1939-1945), acentua que só é possível perceber a existência de um direito a ter direitos quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global e pelo fato de que o que se convencionou chamar de “direito humano” deveria ser considerado como “característica geral da condição humana que nenhuma tirania poderia subtrair”.

E, no caso de violação a direitos humanos, deve-se assegurar o direito a ter acesso à Justiça Internacional com suas regras, princípios e jurisprudência especializada e monista. Neste sentido a aplicação da regra da prescrição quinquenal às pretensões de reparação a graves violações de direitos humanos equivale a fechar as portas ao cidadão que busca a realização da Justiça, e isso desmonta toda a razão de ser do sistema internacional de proteção de direitos.

Faz-se necessário, portanto, a observância de normas de imperatividade absoluta, as normas de *ius cogens*, não podendo o Estado brasileiro aplicar a regra da prescrição aos direitos humanos pois, se perecem os direitos, não se tem caminho para a justiça e, via interpretação da lei nacional, se nega a legislação internacional, negando-se a vigência de normas de *ius cogens* no Brasil. Essas normas são justamente o fio condutor de toda a legitimidade da jurisdição constitucional imbricada no plano internacional, despontando uma jurisdição internacional integrada via blocos de constitucionalidade.

Observe-se que os Direitos Humanos têm dentre suas características o fato de serem inatos ao homem, universais, absolutos, inalienáveis, imprescritíveis. A sua realização, muitas vezes, passa pela via processual, daí a necessidade de compreensão mais sofisticada e idônea para fazer valer esses direitos, considerando sua natureza e sua essencialidade, bem como sua intrínseca relação com o direito processual.⁸ Corrobora com esse entendimento a noção de processo constitucional, o qual permite amarrar o direito material à reparabilidade tanto no plano infraconstitucional como no plano constitucional e também no plano convencional, e serve como mais um instrumento importante para a proteção de direitos. Desponta daí outra linha reflexiva que diz respeito ao Processo Constitucional, que é o caminho aberto entre o cidadão os Tribunais Internacionais.

Atualmente não se cogita mais da impossibilidade de o Brasil não honrar com os compromissos internacionais e deixar de prestar proteção aos direitos humanos sem que o Brasil tenha se retirado das Convenções de Direitos Humanos subscritas e da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STJ, 1ª Turma, REsp 612108, 2004). Em verdade a imprescritibilidade da dignidade transcende a construção positivista dos textos legais e até constitucionais, visto que jamais poderá ser relativizada ou derogada por qualquer estatuto jurídico. O receio de uma proteção no âmbito de uma construção interna deixa muito desconfortável o intérprete da Constituição e o internacionalista porque tal valor, que constitui a essência do homem, do mundo e da história, não estará sob uma boa estratégia de proteção integral se estiver sustentada em bases frágeis, como a mera literalidade.

⁸ Nesse sentido, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: “A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual” (STJ, 1ª Turma, REsp 1165986/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/11/2010).

5 A NECESSIDADE DE UMA NOVA HERMENÊUTICA HUMANISTA PARA O TEMA DA PRESCRIÇÃO EM FACE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os casos de imprescritibilidade dos direitos humanos implicam em se reconhecer que não se trata de um ato ilícito qualquer que se está a julgar, aplicando-se as regras ordinárias do direito internos. Trata-se de situações e critérios descritos nas leis internas e em Tratados Internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, para colaborar com o banimento do hediondo crime da tortura e execuções sumárias perpetrados por agentes públicos dos Estados-partes. Trata-se, portanto, de crimes de Estado. As análises de tais crimes muitas vezes, como acima referido, firma-se no fato de que no período de exceção democrática houve violação e por isso há o dever moral, legal e histórico de reparação às vítimas.

O desafio surge quando a violação a um direito dessa natureza ocorre em pleno Estado Democrático de Direito. Aí se está ante a zona cinzenta de que Agamben (2004) fala em sua obra sobre o Estado de Exceção. Nesse sentido, a presente reflexão pressupõe que a perspectiva monista do direito é insuficiente para tratar de forma adequada a questão da prescrição desses direitos, entendendo-se haver diplomas normativos há muito superados pela nova hermenêutica internacionalista, a qual ainda não se consolidou de forma clara, operacional e até instintiva por parte dos juristas e operadores do Direito no Brasil que, na sua prática, não têm incorporado o Direito Convencional como o deveriam.

Muitos destes Tratados e Leis sequer existiam em 1932, ano do Decreto 20.910, o qual limitava o tempo para se demandar em face ao Estado não formalmente ditatorial de Getúlio Vargas, o que se daria somente anos depois. Não obstante, já após a Revolução de 1930, o Estado de Getúlio já se encontrava alinhado ideologicamente ao nazifascismo, um autêntico Estado de Exceção segundo a concepção de Agamben (2004).

Um exemplo ilustra bem o estado de exceção no Brasil no que concerne à prescritibilidade da reparação por violações a direitos humanos praticadas na ambiência da normalidade democrática. O Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), ao apreciar a Apelação Cível 0018735-46.2010.8.22.0001, declarou prescrição dos direitos a indenização para os familiares dos trabalhadores rurais e descendentes que foram barbaramente torturados e assassinados de forma sumária. No caso, a Corte fundamentou a decisão na prescrição quinquenal, conforme disposto no Decreto 20.910/32. Essa decisão demonstra não o desconhecimento das decisões internacionais que versam sobre a matéria, mas a total incompreensão de como o sistema jurídico brasileiro interno se conecta aos sistemas internacionais de Direitos Humanos. Este fenômeno da indiferença normativa e jurisdicional, ou seja do tanto faz em relação a um sistema internacional se revela como um imenso óbice à concretização das normas e

decisões internacionais e as respostas da doutrina a esta problemática não tem sido suficientemente eficaz ao enfrentar este tema.

De modo diverso, no Agravo Regimental no Recurso Especial 85.158 - MG (2011/0278135-2) entendeu o STJ que, em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes. “O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática” (STJ, REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.02.2003).

Não obstante o julgado seja assertivo ao reconhecer a imprescritibilidade do direito em questão, peca, todavia, ao se omitir completamente em relação ao conjunto de normas internacionais que dão pleno fundamento ao reconhecimento da pretensão, limitando-se a imprimir uma fundamentação absolutamente endógena, seja quando cita dispositivos das disposições constitucionais transitórias, seja quando faz referência à Lei da Anistia, seja quando fundamenta a imprescritibilidade no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Mas, é de se questionar, caso não houvesse a disposição transitória, nem a Lei da Anistia e a dignidade não fosse inserida textualmente na Constituição como fundamento, até que ponto seria protegido o referido direito fundamental?

Eis, portanto, os motivos para se ir além desta interpretação que parte e se encerra na visão dualista do direito, considerando o direito fundamental, mas não o direito humano insculpido em diversos mecanismos internacionais, desprezados nas decisões em comento, o que mostra a grande dificuldade do direito interno em tratar com o direito internacional. Mais ainda, o fundamento da decisão versa sobre a reparabilidade porque o País passava por um regime de exceção democrática. É de se pensar se a violação não tivesse sido praticada num regime de exceção, já que na plena regularidade democrática também pode haver atos atentatórios contra os direitos humanos e tal circunstância não poderia diminuir a proteção a esses direitos.

6 A DIFICULDADE DO JURISTA BRASILEIRO ANTE A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: O CASO CORUMBIARA

Conor Foley, na obra “Protegendo os brasileiros contra a tortura” (2011, p. 226-227), menciona a conclusão do Relatório nº 32/04 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, acerca da atrocidade conhecida como “Chacina de Corumbiara”. Em verdade, há poucas petições e casos sobre violência praticada contra trabalhadores rurais, que se encontram sob análise da CIDH. Os casos de maior

notoriedade são os relacionados ao chamado Massacre de Corumbiara, ocorrido em Rondônia, em agosto de 1995, e Massacre de Eldorado dos Carajás (CIDH/OEA, 2010), ocorrido no Pará, em abril de 1996. Há, ainda, petições admitidas pela CIDH relativas aos assassinatos dos trabalhadores rurais Sebastião Camargo Filho, no Paraná, e Francisco de Assis Ferreira, no Maranhão.

O Caso Corumbiara teve seu relatório de mérito publicado em março de 2004 (CIDH/OEA, 2004). O lamentável evento consistiu numa tragédia originada quando do cumprimento de uma decisão judicial referente à ação de manutenção de posse ajuizada pelo proprietário da Fazenda Santa Elina, localizada em Corumbiara, município no Sul de Rondônia, quase na divisa com o Mato Grosso. Policiais militares, em cumprimento do mandado, realizaram operação para expulsar trabalhadores rurais sem terra que haviam invadido a fazenda em julho de 1995. A operação deixou vários trabalhadores feridos e outros mortos, havendo relatos de execuções sumárias, torturas e humilhações praticadas contra os agricultores.

No referido relatório, a CIDH concluiu que o Estado era responsável por violação aos artigos 4º (direito à vida), 5º (integridade pessoal), 25 (proteção judicial), e 8º (garantias judiciais), da Convenção Americana, bem como descumpriu a obrigação de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção. A CIDH concluiu, ainda, que houve violação dos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura. Contudo, a CIDH foi unânime em não aceitar a abertura do caso contra o Estado brasileiro sob o fundamento de que o evento ocorreu em 1995, e o Brasil somente se submeteu oficialmente à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 1998.

Conquanto técnica a decisão, o arquivamento do caso foi uma acomodação político diplomática para não enfrentar o Brasil em diversos casos havidos antes do ingresso do País, porque isso abriria as portas para um imenso caudal de indenizações advindos das violações do período militar. Portanto, o ingresso do Brasil no Sistema se deu com esta reserva, abdicando de uma justiça completa para abraçar a justiciabilidade (exigibilidade em juízo) possível até então.

Nos casos de violência rural, a tortura se mostra como um crime de lesa-humanidade, portanto, insuscetível de prescrição ou perdão ou qualquer tipo de anistia legal. Essa é a conclusão de Foley, o qual entende que, para esse tipo de crime, o Estado deve “indenizar as vítimas e/ou seus sucessores, pela lesão material e imaterial, ficando assegurada a proteção à dignidade do ser humano, seus valores morais e pessoais” e que “a forma de reconforto e alento contra as marcas do passado é não deixar fechar o portão do tempo para que os danos sejam reparados e é missão do Estado prevenir atos semelhantes para nossas futuras gerações” (Foley, 2011).

A regra de prescrição de cinco anos, pensada para responder a lesões a direitos cuja indenização se resolve no aspecto meramente patrimonial, não se aplica a gra-

ves violações a direitos fundamentais praticados numa situação de Estado de Exceção e tampouco para atos que excedem o normal poder de polícia e redundam em tortura, morte ou execução sumária. Tratando-se ou de momentos de exceção ou de momentos democráticos em que as forças públicas de segurança agem de forma antidemocrática, a regra para o exercício do direito de reparação deve ser a imprescritibilidade.

Apesar da dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado aos fundamentos da própria nação, é preciso imprimir uma marca clara de respeito a tais direitos violados pelo Estado e esta marca é justamente o reconhecimento da imprescritibilidade dos direitos humanos para se atender aos postulados básicos e fundantes de um Estado Democrático de Direito, independentemente do estado político que o País atravessa, tanto faz se num regime autoritário ou num regime democrático, porque a violação a dignidade humana está sempre a reclamar por justiça.

Há posições na doutrina mais acanhadas, expressas no entendimento jurisprudencial do STJ, em face do caráter imprescritível decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, que entendem que não se pode negar a proteção aos direitos alegando o prazo prescricional do Decreto 20.910/32” (STJ, AgRg no Ag 1428635/BA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/08/2012). Observa-se nesse julgado o entendimento de que a indenização se vincularia especificamente ao fato de a lesão a direito ter ocorrido na ambiência do regime militar, mas a ideia de reparabilidade vinculado aos direitos humanos vai muito além disso, pois é possível haver arroubos e nichos autocráticos em plena, vigente e pulsante Democracia, que podem resultar em graves violações a esses direitos.

A Lei de indenizações das Vítimas de Corumbiara, n. 786, de 08 de Julho de 1998, do Estado de Rondônia, (Rondônia, 1998) cujo projeto recebeu o n. 270/98, “Autoriza o Poder Executivo a conceder pensão a herdeiros de vítimas fatais do confronto de Corumbiara e dá outras providências”, expressamente reconhece a responsabilidade civil do Estado. Em 1998 foi protocolizado o primeiro pedido administrativo das pensões com base na referida Lei Estadual. Mas essa norma traz como particularidade a contagem do prazo a partir do prazo suspenso pela notificação no âmbito administrativo. Entretanto, novamente aqui se nota a ideia retrógrada de prescritibilidade, que não se coaduna com o padrão de tutela jurídica dos direitos fundamentais/humanos. Em outras palavras, é dizer-se que a edição de normas que tenham a pretensão de impor limites temporais ao direito de reparação da dignidade humana constitui tentativa de inviabilizar tal direito e soa como violência a essência da própria nação, bem como acentua o desprezo pela normatividade internacional.

O Estado de Rondônia, além de não pagar valor algum ao longo de anos, aceitou com uma negociação com os autores para ganhar mais tempo e conter ainda os ímpetos do movimento camponês e, paralelamente, fez aprovar junto a Assembleia

Legislativa do Estado a Lei nº 1866, de 13 de fevereiro de 2008 (Rondônia, 2008), que reduziu de dois salários-mínimos para apenas um salário-mínimo o valor das pensões. A Lei de indenizações, ao ser reeditada mesmo com más intenções pelo Estado de Rondônia, renovou os prazos prescricionais, os quais ainda não haviam se exaurido e mais, a própria Lei não determinou nenhum prazo como prescritivo. Logo, uma vez em vigor, fechava o caminho para a prescrição, pois o fundamento da indenização não era mais somente o fato pretérito ocorrido, mas sim uma Lei, tal qual a Lei da Anistia, que renovou o quadro legislativo fluindo daí novo prazo prescricional. No caso da Lei rondoniense, de 2008, mesmo pelo critério dos cinco anos, a prescrição se daria somente em 2013. Apesar desta não ser a melhor tese em termos do amalgamento do direito interno e externo, serve como um bom argumento diante do Estado uma vez que se contabilizaria o tempo decorrido a partir do evento administrativo do protocolo. Assim sendo não pode se cogitar de prescrição.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana é mais do que direito fundamental pois é o fundamento, matriz geradora de todos os direitos. Sendo assim, se nem mesmo emenda constitucional, produção do constituinte derivado, pode propor sequer projeto de lei tendente a abolir os direitos fundamentais (art. 60, §4º, CF/88), com maior razão ainda não se pode aceitar que qualquer lei infraconstitucional possa aboli-los, menos ainda se a espécie normativa tem natureza de Decreto, e muito menos cogitar da ideia de uma interpretação frontalmente ofensiva ao fundamento da República e de todas as suas instituições.

Assim sendo, a ideia de que uma norma do Código Civil, um Decreto do Executivo ou qualquer outra norma jurídica possa, no plano interno, determinar a prescrição de direitos fundamentais, mostra-se totalmente incabível. Como sabido, os direitos personalíssimos são irrenunciáveis. Ora, se nem mesmo o próprio destinatário da proteção legal pode dispor de tais direitos, com muito menos razão o poderá o Estado.

Mais ainda, é impensável imaginar que um Decreto do executivo possa determinar a prescrição do direito do ser humano de ver-se indenizado e compensado financeiramente pela violação de sua dignidade, fundamento de todo direito, princípio basilar da República, direito protegido, inclusive, pelo próprio Código Civil, que determina a natureza de irrenunciabilidade, indisponibilidade dos direitos personalíssimos, assegurados por diversos pactos internacionais aceitos pelo Brasil.

Mesmo que não existissem as referidas normas internas e nem mesmo tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda assim não se justificaria imaginar a prescrição da proteção desses direitos. E a razão para isso é muito simples, o nível de evolução do espírito humano que a civilização alcançou, depois de tantas experi-

ências históricas de horrores praticados por regimes autocráticos e totalitários, asseguraria plenamente tais direitos sob a ótica do direito natural, pois se poderia pensar, como Antígone, que há direitos que não dependem dos homens, são direitos sagrados e que emanam dos deuses.

Assim, a personagem de Sófocles reivindicava o direito de sepultar seu ente querido. Portanto, imaginar que um ser humano, pelo fato de, por alguma eventualidade, não haver buscado a seu tempo proteger a sua própria dignidade seria punido com a prescrição, com a perda do direito de ação pelo seu não exercício em tempo hábil, seria condenar a humanidade a seu próprio retrocesso. Como escrito por John Donne (poeta inglês que morreu em 1631), citado por Hemingway, na obra *Por quem os sinos dobram* (2013), “Nunca pergunte por quem os sinos dobram pois eles dobram por você”, pois “Nenhum homem é uma ilha”. Necessário se faz, assumir uma conduta reflexiva ante o fato de que quando o Estado não tutela os direitos de um cidadão, por mais subalterna que seja sua estratificação social, é o direito de toda a sociedade que está sendo lesado.

Por derradeiro, assinala-se que as instituições políticas e as instâncias da democracia participativa não podem suprimir direitos que, a bem da verdade, estão até mesmo acima de qualquer pretensão de concessão, não pelo prisma do vetusto direito natural, mas sim como o marco inicial da plena consciência da dignidade do homem, jamais podendo legislador algum, em sua atuação temporal, suprimir direitos construídos milenarmente, devendo ser vista com desprezo toda e qualquer teoria, conceito ou prática de “flexibilizar direitos” que, por natureza, são inflexíveis, até porque os direitos do homem jamais serão vergados nem por governos, nem por sistemas pelo simples fato de que são “Direitos Humanos”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci de Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932** que regula a prescrição quinquenal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm. Acesso em 30 de nov. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas. Principios, reglas y derrotabilidad. El Problema de las decisiones contra legem. BONORINO RAMÍREZ, Pablo (Org.), **Teoría jurídica y decisión judicial**. Madrid: Bubok, 2010, p. 205-284. Disponível em: <https://www.academia>.

edu/32333032/Principios_reglas_y_derrotabilidad_El_problema_de_las_decisiones_contra_legem. Acesso em: 27 jan. 2023.

CIDH-OEA. **Caso Corumbiara** (11.556), 2004. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/Brasil%2011.556%20Corumbiara%20PUBL%20Port.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023.

CIDH-OEA. **Caso Eldorado dos Carajás** (1448), 2010. Disponível em: CIDH-OEA. **Caso Corumbiara** (11.556), 2004. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/Brasil%2011.556%20Corumbiara%20PUBL%20Port.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2023. Acesso em: 27 nov. 2023.

FAVOREU, Louis. Ponencia francesa. FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco (Orgs.). **El Bloque de la Constitucionalidad** – Simposium Franco-Espanhol de Derecho Constitucional. Apres. Por Javier Pérez Royo. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura**. São Paulo: Embaixada Britânica. 2011.

HERMINGWAY, Ernest. **Por quem os sinos dobram**. Tradução de Monteiro Lobato: Rio de Janeiro: Bertand. 2013.

LARA, Paulo Cesar de. Os blocos de constitucionalidade e sua contribuição para a jurisdição constitucional em face da flexibilização dos direitos sociais - Parte I. **Boletim Informativo Juruá**, v. 599. 2014.

LARA, Paulo Cesar de. Os blocos de constitucionalidade e sua contribuição para a jurisdição constitucional em face da flexibilização dos direitos sociais - Parte II. **Boletim Informativo Juruá**, v. 599. 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 26 nov. 2023.

PRATES, Marcelo Madureira. **Prescrição administrativa na Lei 9.873, de 23.11.99: entre simplicidade normativa e complexidade interpretativa**. Boletim de Direito Administrativo, ano XXI, nº 8. 2005.

Rondônia. **Lei nº 786 de 8 de julho de 1998**, que autoriza o Poder Executivo a conceder pensão a herdeiros de vítimas fatais do confronto de Corumbiara, e dá outras providências. Disponível em: https://sapl.al.ro.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/1309_texto_integral . Acesso em: 27 nov. 2023.

Rondônia. **Lei nº 1.866 de 13 de fevereiro de 2008**, que altera o artigo 1º, da Lei 786, de 8 de julho de 1998. Disponível em: https://sapl.al.ro.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2008/3897/3897_texto_integral.pdf . Acesso em: 27 nov. 2023.

BREVES OBJEÇÕES À UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA DA AMÉRICA LATINA

BREVES OBJECIONES A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA PERSPECTIVA DESDE AMÉRICA LATINA

Marcelo Fonseca Gurniski¹

RESUMO

Este artigo apresenta as implicações de uma apropriação acrítica dos discursos, práticas e instituições hegemônicas, sobre direitos humanos e democracia. Desvela uma construção efetivada histórica e culturalmente pelo homem branco, europeu, proprietário, situada temporalmente na modernidade/colonialidade ocidental, capitalista, racista, patriarcal, com visão individualista, patrimonialista e universalista. E, por fim, apresenta a resignificação dos conceitos como medida de enfrentamento dessa sujeição, apondo um mundo capaz de incluir aos diversos, pela distribuição mais igualitária de poder político, de bens materiais e imateriais necessários a uma vida mais justa.

Palavras-chave: direito humanos; universalismo; colonialidade.

RESUMEN

Este artículo presenta las implicaciones de una apropiación acrítica de discursos, prácticas e instituciones hegemónicas sobre derechos humanos y democracia. Revela una construcción realizada histórica y culturalmente por hombres blancos, europeos, propietarios, temporalmente ubicados en la modernidad/colonialidad occidental, capitalista, racista, patriarcal, con una visión individualista, patrimonialista y universalista. Y, finalmente, presenta la resignificación de conceptos como una medida para afrontar este sometimiento, proponiendo un mundo capaz de incluir a personas diversas, a través de una distribución más equitativa del poder político y de los bienes materiales e inmateriales necesarios para una vida más justa.

Palabras clave: derechos humanos; universalismo; colonialidad.

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR (Bolsa PROSUP/CAPES). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. E-mail: marcelo@ng.adv.br. ORCID 0000-0001-5493-0594.

1 INTRODUÇÃO

Introduzir um tema é buscar torná-lo interessante para outrem, é motivá-lo. Temas de relevância para a vida humana na Terra, como os que abordam questões referentes aos Direitos Humanos e à Democracia, comportam várias interpretações, algumas delas, muito difundidas, mas que se analisadas mais detidamente revelam uma lógica perversa suportada por conceitos que ocultam a injustiça que separa, exclui, seres humanos – os colonizados em detrimento de outros seres humanos – os colonizadores, desrespeitando-se, às extremas consequências, as condições necessárias à sobrevivência, para fartança dos acumuladores desenfreados do capital.

Não se está a olvidar que, os direitos humanos são uma importante construção normativa humana com o objetivo “evidente” de garantir proteção básica aos indivíduos face a seus “Estados” e seus iguais. Essa idealização parte de uma perspectiva europeia, formulada após as guerras mundiais, de ideação internacional, mas que desconsiderou as regiões marginalizadas globalmente, o Sul Global.

Considerando-se a necessidade de emancipação epistemológica do colonizado, torna-se evidente a necessidade de se analisar os Direitos Humanos na América Latina, partindo-se do marco teórico do decolonialismo e seu pretenso processo de universalização, filtrado pelo olhar do colonizado, do marginalizado, do excluído.

Imaginar uma natureza humana global, estabelecida pelo conhecimento vigente, como um absoluto frente a sociedade nem sempre é compatível, pois muitas nações e muitos seres humanos não se identificam com essa racionalidade ocidental individualista, que se pretende “universal”, mas que, na verdade, tem o condão de acentuar as exclusões, as desigualdades e as relações assimétricas de poder.

Assim, esse artigo, por meio de uma metodologia analítico/bibliográfica, convida a uma reflexão sobre o uso crítico dos conceitos de direitos humanos e democracia, especialmente no que concerne a conduzi-los a novos patamares epistêmicos.

No capítulo 1, buscou-se estruturar o caminhar histórico-cultural dos direitos humanos, em sua origem europeia, discutindo-se a sua alegada universalidade. No capítulo 2, cotejando-se os dados constantes em relatórios de fontes reconhecidas com a bibliografia de referência consultada, constata-se a cruel desigualdade que atinge o maior número de pessoas no mundo. Grassa a miséria na América Latina e no Brasil, torna-se evidente a distinção existente entre os grupos dos julgados dispensáveis, dos excluídos e daqueles que personalizam o modelo europeu.

No capítulo 3, uma vez que a organização capitalista não consegue atender as exigências dos direitos humanos, tem-se que esses direitos, por não considerarem as particularidades das culturas humanas e das respectivas nações, não são universais, pois não incluem a todos e são fragmentários, porque dividem o ser humano em par-

tes antagônicas, ou isso, ou aquilo: ser humano ou indivíduo, econômico ou social, cultural ou étnico e entre outros.

Procurando superar essas questões, a busca por inclusão no sistema vigente, acaba, de certa forma, renunciando à premissa revolucionária de superar e transformar o mundo, compreendendo a origem autoritária e arbitrária dos direitos humanos e buscando, na sua ressignificação decolonial, a reconstrução crítica da própria historicidade desses conceitos, como maneira de reivindicar uma distribuição mais justa e igualitária.

2 FORMAÇÃO UNIVERSAL FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) vigore desde 1948, permanece como um documento em busca de sua concretude. Especialmente nos países ocidentais, nas últimas décadas, verifica-se o esforço dispendido para se assegurar os direitos a todos os cidadãos. É um longo e contraditório processo histórico que levou à afirmação dos direitos humanos no ocidente.

Um corte transversal faz-se necessário, pois haverá que se condensar em poucas páginas longos períodos históricos, sintetizando-se questões altamente complexas. Direitos humanos, no contexto analisado, são fruto de uma história, cuja trajetória na cultura ocidental, tomou por base, segundo Tosi, dois ângulos de análise:

(...) a história social que enfatiza os acontecimentos, lutas, revoluções e movimentos sociais, que promoveram os direitos humanos, e a história conceitual que se debruça sobre as doutrinas filosóficas, éticas, políticas, religiosas que influenciaram e foram influenciadas pelos acontecimentos históricos (Tosi, 2005a, p. 14).

A história moderna dos direitos humanos não se baseia numa certa narrativa que reduz a “evolução” dos direitos humanos a episódios da história social. Considera-se esta visão reducionista e alienante, pois muitas “lutas” foram e são travadas sem nenhuma presença dos princípios consignados pelos direitos humanos. Algumas delas até se opõem aos Direitos. Vê-se, assim, que os Direitos não são tão consensuais quanto parecem e nem estão na “alma humana”, como gostaríamos (Cavalcanti; Simões; Peixoto; Costa, 2005, p. 48-49).

Numa visão tradicional da história, os direitos humanos só aparecem nas Idades Moderna e Contemporânea. Todavia, eles apresentam antecedentes para a compreensão do Direito no ocidente medieval, especialmente no que concerne a ideia de direitos do homem, onde se encontram as raízes do humanismo. Conforme Cavalcanti, Simões, Peixoto e Costa (2005, p. 50), para que se possa compreender “a

‘evolução’ dos direitos humanos, há que se trilhar o caminho do Direito até a aceitação da sua universalidade como expectativa material ótima para todos que demandam a proteção da lei.”

Evidentemente que o cristianismo ao densificar o conceito de dignidade humana, especialmente na Idade Média, criou a noção de que o “homem é e todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade” (Andrade, 2017, p. 17). Portanto, a contribuição prestada pela fé cristã não está diretamente vinculada aos direitos humanos, afigurando-se como um substrato de adensamento de sua origem.

Uma intersecção entre o racional burocrático e a vida místico-religiosa está presente nas Declarações de Direitos Humanos, documentos impregnados de valores cristãos, mas que reivindicam a positividade segundo uma pretensa significação mundana universal. Entretanto, a ideia de direitos humanos no sentido atual não é gerada, especificamente, no pensamento humanista da modernidade cristã.

Passo adiante, a concepção moderna de direitos humanos deriva de grandes transformações no plano das ideias sobre o homem e a organização da vida em sociedade. Tais transformações estão diretamente relacionadas à Ilustração², movimento intelectual e cultural que, a partir da França, convulsionou a Europa entre os séculos XVII e XVIII. São expressões desse movimento, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Kant.

Os ilustrados propunham uma sociedade teocêntrica, humanamente orientada, tendo o homem como padrão de valor. Pressupunham a existência de direitos naturais inerentes e inalienáveis ao homem. Cada pensador, jusnaturalista, define ao seu modo quais seriam esses direitos e, em nome de sua preservação, estabelece o contrato social – também ele sujeito a diferentes nuances, de conformidade com cada filósofo. Para a Ilustração, a existência do Estado está relacionada à manutenção de direitos individuais, à um projeto político com fulcro na racionalidade.

Para além das peculiaridades dos seus vários próceres, é possível visualizar a completa remodelação da vida em sociedade, na qual o homem aflora como referencial, ainda que teórico, para a ação dos governos, que deveriam se empenhar pela humanização das relações sociais, considerando a existência dos direitos naturais (Cavalcanti; Simões; Peixoto; Costa, 2005, p. 63-65).

Percebe-se que cada jusnaturalista apresentou as bases dos direitos humanos contemporâneos a partir de sua concepção de direito natural anterior à criação do Estado. Cada um desses teóricos concebeu o direito natural de forma diversa: Hobbes (2003, p. 112-123), como o direito à vida; Locke (1983), como o direito à propriedade

² Usado por muitos como sinônimo de Iluminismo, mas se estabelece uma distinção conceitual entre os dois termos: Iluminismo é uma postura crítica perante a realidade; de caráter atemporal, acompanha o homem ao longo dos séculos, tendo a Ilustração como uma de suas manifestações. O conceito de Ilustração, mais específico, é uma combinação de princípios e ações que seguem a Razão Sábida em oposição à Razão Instrumental (Rouanet, 1987, introdução).

e para Rousseau (1980), como o direito à liberdade. Estas visões, aparentemente excludentes, complementaram-se umas às outras, servindo de arrimo para as declarações de direitos advindas das revoluções que marcaram os séculos XVII e XVIII.

Após a parcial positivação do direito na Idade Média, essa nova tendência jurídica levou séculos para ser apropriada: na Inglaterra, no séc. XVII e na França e nos Estados Unidos, no séc. XVIII. Frise-se, por importante, que a percepção de que o homem já nasce com certos direitos que lhe são inalienáveis é o ponto fulcral para a construção, na Idade Moderna, dos pilares em que se apoiam os direitos humanos.

As leis e declarações de direitos cuidarão de levar a todos o ideário que pregava a liberdade, o direito de ir e vir, dentre outros elementos caros à noção de direito natural. Os textos, a partir daí, trarão na universalidade dos direitos a sua representação máxima.

As declarações de independência e de direitos irão multiplicar-se por todo o mundo moderno: (i) *Habeas-Corpus Act* (Inglaterra, 1679) – um dos primeiros textos de caráter humanitário que demonstra a ideia de segurança de direitos dos súditos diante do soberano; (ii) *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689) – primeiro documento a pôr fim a um regime de monarquia absoluta, representou a institucionalização da separação dos três poderes e fixava nessa divisão uma organização de Estado cuja função já é a de assegurar e proteger os direitos das pessoas; (iii) As Declarações de Direitos Norte-Americanas. As colônias inglesas na América passam a manifestar o desejo de emancipação do controle exercido pelo Parlamento inglês (Cavalcanti; Simões; Peixoto; Costa, 2005, p. 69-73).

A própria formação social das treze colônias, sem uma organização estamental como a da Europa do século XVIII e sem o reconhecimento dos valores ditos nobiliárquicos (honra e virtude), mas com as características marcantes de valorização do trabalho, do lucro e da competição comercial, deram destaque às liberdades individuais e a obediência do governo às aspirações populares. Todos esses fatores contribuíram para a emancipação (Cavalcanti; Simões; Peixoto; Costa, 2005, p. 69-73).

As Declarações de Direitos da Inglaterra e dos Estados Unidos decorreram do reconhecimento de que os direitos naturais são direitos positivos, ficando acima de qualquer legislação, sendo expressamente reconhecidos pelo Estado como Direitos Fundamentais. Embora os textos norte-americanos não tivessem obtido a mesma repercussão dos decorrentes da Revolução Francesa, deve ser ressaltado que o movimento americano levou a fundação e a consolidação da primeira República moderna.

A Revolução Francesa foi um episódio histórico que coroou o caráter cultural da “evolução” histórica dos direitos humanos, é pobre entender-se que o movimento francês tenha sido fruto da “luta” entre burgueses, clérigos e nobres, tendo o povo como coadjuvante dos primeiros. Esta visão costuma ser vista como ponto de partida da relação entre os direitos humanos com a história das lutas sociais do passado, do presente e do futuro (Blanning, 1991, p. 48).

A revolução foi essencialmente política, basta compilarem-se os dados das votações dos três *estados* nas assembleias, para verificar-se que os representantes das diversas “classes” revolucionárias, os burgueses e o “povo”, embora fossem o oposto à velha ordem nobiliárquica, demonstraram que há algo mais que a origem de classe de cada um inspirando o voto (Blanning, 1991, p. 48).

Veja-se que: (i) 23% da nobreza e apenas 17% do terceiro estado votaram a favor da igualdade perante a lei; (ii) 47% da nobreza e 40% do terceiro estado concordaram com a abolição da interferência do Estado nos processos judiciais; (iii) 88% dos nobres e 86% dos “homens do povo” e da burguesia aprovaram a equidade fiscal; (iv) 40% da nobreza e apenas 31% do terceiro estado aprovaram o *habeas corpus*; (v) 62% dos pretensamente conservadores representantes nobiliárquicos com somente 49% dos burgueses e “populares” votaram pela constitucionalização da ordem social legal; (vi) 88% do primeiro grupo e só 74% do segundo votaram pela liberdade de imprensa (Blanning, 1991, p. 48).

Não foi a burguesia, muito menos o “povo”, quase todo analfabeto, mas a nobreza que divulgou suas ideias e ideais, com discurso fino e acabado, em francês bem falado, nas tribunas das assembleias revolucionárias. Os nobres foram, muitas vezes, os mais simpáticos às causas dos direitos humanos, como se constata dos exemplos acima colacionados.

De nossa parte, os povos do Novo Mundo integraram a moderna história do ocidente, mas Tosi afirma que a sua “integração sempre foi, até os dias de hoje, uma integração subordinada, dependente, ao mesmo tempo includente e excludente” (2005b, p. 114).

Essa história, portanto, tem caráter complexo, ambíguo, dualista, ao mesmo tempo de emancipação e opressão, eurocêntrico e cosmopolita, universal e particular. Assim, não há como desconsiderar o lugar social do qual parte a nossa reconstrução histórica, dando atenção aos aspectos contraditórios do fenômeno, dando cores latino-americanas para a visão eurocêntrica da história mundial.

Este olhar, do *locus* dos excluídos, dos oprimidos, das vítimas, deve ser nossa contribuição à gênese de uma história dos direitos do homem menos unilateral e simplista do que aquela imperante nos manuais da história dos direitos humanos, os quais apresentam a trajetória que se inicia com a *Magna Charta Libertatum* da Inglaterra do séc. XIII, passando pela Revolução Gloriosa Inglesa do séc. XVII, até a Revolução Americana e Francesa do séc. XVIII, para culminar com a Declaração Universal das Nações Unidas do Século XX.

A Europa e o ocidente aparecem como o espaço onde paulatinamente, ainda que com contradições, se forjam a emancipação do homem, que se torna paradigma para toda a humanidade. O “resto do mundo” não é considerado e recebe o *verbum* dos direitos humanos do ocidente “civilizado”.

3 FRONTEIRAS DA AMÉRICA LATINA: SÍNTESE COLONIAL

Nenhum outro continente foi tão oprimido. Já no primeiro século pós-colonização, 70 milhões foram massacrados (Betto, 2017). A América Latina é tão desigual que uma mulher em um bairro pobre de Santiago, capital do Chile, nasce com uma expectativa de vida 18 anos menor que outra de uma área rica da mesma cidade (Lis-sardy, 2020).

Segundo o Mapa da Desigualdade, da organização não governamental (ONG) Rede Nossa São Paulo, que compila dados públicos, o mesmo ocorre com quem mora em São Paulo: os de Paraisópolis (do Distrito Vila Andrade), uma das maiores favelas da cidade, vivem em média 5,7 anos a menos dos que vivem no Morumbi, bairro de classe alta, que ironicamente fica ao lado da comunidade (Mapa da Desigualdade, 2022, p. 38).

A grande disparidade latino-americana, além de geopolítica, interna e externa, também envolve a cor da pele, a etnia ou o gênero. A desigualdade de gêneros leva a perda de potencial no desenvolvimento humano e permanece sendo uma barreira para o progresso socioeconômico de um país.

O Relatório do Desenvolvimento Humano 2021/2022 publicado pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento (PNUD), de setembro de 2022, sob a epígrafe “Tempos Incertos, vidas instáveis: Construir o futuro num mundo em transformação”, revela que camadas de incerteza estão se acumulando e interagindo para desequilibrar a vida de forma inédita. Assim, destaca que:

(...) os últimos anos tiveram impacto devastador para bilhões de pessoas em todo o planeta quando crises como a da COVID-19 e a guerra na Ucrânia se sucederam e interagiram com amplas transformações sociais e econômicas, mudanças planetárias perigosas e aumento acentuado da polarização (Conceição, 2002, introdução).

Pela primeira vez nos 32 anos de análise, o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) calcula o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que mede a saúde, a educação e o padrão de vida de uma nação, ele caiu globalmente por dois anos consecutivos (Conceição, 2022, p. 24-27).

A América Latina foi apontada como a região do mundo com a maior desigualdade de renda (Conceição, 2022, p. 284), expressados na perversa estatística que informa que os 10% mais ricos da América Latina concentram uma parcela maior da renda do que qualquer outra região (37%). E, vice-versa, os 40% mais pobres recebem a menor fatia (13%). Apesar dos avanços econômicos e sociais nos primeiros anos deste século, a América Latina ainda é “a região mais desigual do planeta”, alertou a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (Cepal) em várias ocasiões.

A questão que se coloca é, por que esse cenário permanece? Para Joseph Stiglitz, “pode-se dizer que o passado colonial criou condições para a desigualdade” (Lissardy, 2020). Essa é uma história antiga, segundo Stiglitz, a exploração dos colonizadores semeou a desigualdade na América Latina, bem como a distribuição desigual de terras nas economias agrárias contribuiu para “a criação de algumas famílias muito ricas e muitas famílias muito pobres”. Adicione-se a isso que, em vários países da América Latina, assim como nos Estados Unidos, o elemento racial desempenhou um papel contundente no estabelecimento da desigualdade (Lissardy, 2020).

Joseph Stiglitz afirma que “um alto nível de desigualdade econômica cria [e recria] sistemas políticos que ajudam a perpetuar essa economia” (Lissardy, 2020). Ao atacar a crescente disparidade de riqueza e os seus efeitos sobre a economia em geral, o economista, expõe sua preocupação com o futuro dessa sociedade dividida de hoje.

Ao afirmar que os sistemas políticos criados pela desigualdade econômica ajudam a perpetuar essa economia, Stiglitz, desvenda sua operacionalização apontando a não aplicação de recursos públicos em saúde e educação, por exemplo. Assim, os recursos públicos colocam-se à disposição do sistema excludente e da preservação do *status quo* vigente.

Stiglitz analisa que economias baseadas em recursos naturais, em grande parte não-renováveis, como as da América Latina, tendem a ser caracterizadas pela desigualdade. Explica que, por si só essa característica não justificaria a adoção desse modelo excludente, vide países como a Noruega ou Austrália que, diferentemente, escaparam dos grandes problemas da desigualdade latino-americana e o fizeram por meio de instituições capazes de um gerenciamento mais eficiente das receitas para impulsionar o desenvolvimento (Lissardy, 2020).

Apesar de que cerca de 100 milhões de latino-americanos tenham saído da pobreza entre as décadas de 1990 e 2000, por conta da implementação de programas sociais e políticas salariais, em meio ao *boom* das *commodities*, a taxa de pobreza na América Latina, de acordo com dados da CEPAL, aumentou de 28% em 2014 para 31% em 2021. Estamos diante de uma torrente de crises que exacerbam as desigualdades e carências da região. Do total de pobres que a região ganhou nos últimos cinco anos, 26 milhões padecem de pobreza extrema, sendo o Brasil a principal fonte desse retrocesso (Lissardy, 2020).

A América Latina ainda não encontrou seu modelo de desenvolvimento sustentável, continua vivendo na dependência de suas exportações, especialmente de *commodities*, agrícolas ou minerais, cujo valor agregado decorrente da industrialização ou processamento será apropriado pelo país importador. Em outras palavras, a região permanece sujeita aos interesses das nações metropolitanas-colonizadoras e às oscilações do mercado capitalista da cosmópole, que se traveste, ao sabor do tempo,

num exemplo de resistência e adaptabilidade colonialista de fazer inveja às teorias darwinianas de sobrevivência das espécies.

Essa desigualdade econômica caracterizada pela distribuição díspare de renda em determinada região, influenciada por fatores históricos, sociais e pela falta de investimento em políticas sociais, assume no Brasil, como aliás em outros países da América Latina, que foram colonizados por países como Portugal, Espanha, França e Inglaterra, uma estrutura sociopolítica e econômica fortemente influenciada por uma estrutura colonial hierárquica, centralizada e discriminatória, que não demonstrou interesse na distribuição de riquezas, nem em conceder direitos políticos à população local e tampouco incluí-la na administração e consumo de produtos nativos. Os frutos da produção brasileira, em sua maioria, fortaleceram a metrópole e o restante ficou concentrado nas mãos dos poucos proprietários de engenhos e plantações. Esse modelo ibérico de colonização estruturava-se em latifúndios dependentes do uso intensivo de mão-de-obra escrava: “As raízes da nossa sociedade são, portanto, altamente desiguais” (Moraes, 2018).

Com a Independência, o Brasil permaneceu preso ao modelo econômico de exportação, altamente vulnerável às crises mundiais, dessa forma o país foi aprofundando, cada vez mais, a desigualdade. Ao tempo em que, países como a Inglaterra tratavam de questões inerentes aos direitos individuais, em nosso país as populações livres, recém libertadas da escravidão, eram marginalizadas e desassistidas pelo completo abandono estatal.

Após, independentemente do estabelecimento de políticas públicas com a intenção formal de redução das desigualdades, mas penderes de priorização e materialização de programas de Estado e não de governos, o Brasil permaneceu refém de variações econômicas induzidas colonialmente, de forma mais ou menos aparentes, que se refletiram/refletem em nossos níveis de desigualdade social e de renda.

Essa desigualdade econômica de origem histórica, estrutural, é muito complexa. Além de se apropriar dos recursos nativos, a estrutura colonial caracteriza-se por uma natureza inflexível, patriarcal e racionalmente discriminatória. Daí concluir-se que, países com altas taxas de desigualdade social e de renda também costumam ter grandes disparidades de gênero, raça e de direitos.³

³ O Fórum Mundial de Economia (*World Economic Forum*) apresenta os três motivos que, segundo suas análises, influenciam diretamente os índices de desigualdade econômica de determinada região, quais sejam: heranças coloniais; desigualdade de gênero e segregação racial. Evidências mostram que a equidade de gênero (definida pelo Banco Mundial como igualdade perante à lei, à oportunidades e à liberdade de expressão), bem como a maior participação feminina no mercado de trabalho, favorecem os índices de desenvolvimento e a redução de desigualdade econômica. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) afirmou, no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2016, que para assegurar o desenvolvimento humano para todos é necessário evidenciar questões como “a voz e a autonomia, as capacidades coletivas e a interdependência das escolhas” (Jahan, 2016, prefácio).

Questões econômicas não estão desvinculadas das questões sociais e culturais, guardam outra sorte, a de serem os veículos de modelos importados de centros coloniais modernos, que impondo metodologia de manutenção de sua hegemonia, incutem critérios universais balizadores de todo o conhecimento, até mesmo, os direitos humanos contemporâneos formulados historicamente pelo homem branco e europeu do século XX.

A fronteira que se estabeleceu, de importação acrítica e assujeitadora do modelo único de direitos humanos europeu, não permitiu aos povos “diferentes”, entre eles os latino-americanos, o reconhecimento histórico-cultural de sua identidade, humana, personalíssima e historicamente construída, no estabelecimento de seus valores e aspirações. O modelo universal de direitos humanos enxerga, portanto, o mundo com olhos que não são os nossos⁴.

4 BREVES OBJEÇÕES À UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

É por meio da luta social que os direitos humanos adquirem legitimidade cultural, portanto ela é decisiva para a constituição de uma cultura de direitos humanos que, só assim, podem ser pleiteados na esfera judicial (Gallardo, 2019a, p. 84).

Ainda que a organização capitalista não permita direitos humanos, nem sequer os fundamentais, porque suas lógicas geram ganhadores e perdedores estruturais e suas ideologias fazem destes últimos, objetos de piedade ou culpados empobrecidos por sua sorte; ou no limite, “terroristas” e “excluídos ou descartáveis” que devem ser eliminados, a luta social (movimentista) surge e ressurge embebida por valores de “humanidade ou de humanização (libertação)” buscando irradiá-los (os direitos humanos) para meios mais amplos (Gallardo, 2019a, p. 83).

A organização capitalista da existência não pode satisfazer as exigências dos direitos humanos de: (i) universalidade, pois não consegue incluir a todos; e (ii) integralidade, ou seja, não fragmentar a pessoa em: indivíduo ou humano; econômico ou social; cultural ou étnico etc. No capitalismo, somente se pode conceder direitos humanos para alguns, e ainda assim, direitos humanos fragmentados ou com a cidadania restrita (Gallardo, 2019a, p. 83).

Gallardo formulou, a si e aos seus leitores, algumas perguntas:

Impor uma única racionalidade, a de mercado, não é discriminatório e violento para aqueles que não desejam comungar com esse ídolo? E

⁴ Segundo Rodrigues e Scotti, “Em última instância, a incidência do pós-colonial nos direitos fundamentais reconstituiu disputas do passado e no presente sobre o que é o constitucionalismo, sobre o que deve ser a constituição. Demonstra como toda perspectiva constitucional é ancorada em uma narrativa histórica e que essa última pode estar embasada em noções coloniais, as quais excluem as lutas dos grupos subalternos e limitam o horizonte democrático.” (Rodrigues; Scotti, 2021, p. 235).

pretender que o ser humano se esgote na produção para a ganância (eficiência) e o consumo ostentoso não atropela sistematicamente a aspiração à plenitude e à integração social e pessoal que propõem, por exemplo, o evangelho de Jesus, o socialismo de Marx e as lutas das mulheres com as teorias de gênero? (Gallardo, 2019b, p. 80).

Respondendo, reconhecendo a existência de interpretações hermenêuticas do conceito de “seres humanos”, em suas variações diatópicas (regionais), diastráticas (sociais) e diacrônicas (históricas), quais sejam variações geopolíticas-histórico-temporais e político-econômico-culturais:

Não é bom esquecer ou desconhecer que no Chile se perseguiu não a seres humanos em geral, ou a uma humanidade abstrata, mas sim aos “comunistas” e aos vulneráveis; às mulheres e aos jovens humildes; aos indígenas; aos camponeses empobrecidos; aos povos originários; aos empobrecidos. E que eles foram perseguidos e assassinados precisamente porque, na qualidade de vulneráveis e humildes, foram considerados como carentes de humanidade e, também, como uma ameaça. Nessa tragédia, eles representaram o obstinado “outro” que se nega a ser como a dominação reinante quer. Que uma memória vigorosa impeça que despididamente se continue ilhando e liquidando àqueles que são distintos e às alternativas enquanto se reivindica, com aclamação, a final planetarização capitalista dos Direitos Humanos. (Gallardo, 2019b, p. 80).

Em *Excursos*: a categoria de não-pessoa e direitos humanos, Gallardo sustenta que a cidadania social adensada é o oposto da imagem da não-pessoa (que é aquela a quem se nega o caráter metafísico de sujeito), que “geralmente é usada por aqueles que interpretam a realidade social a partir do Direito Natural” (Gallardo, 2019c, p. 153).

Gallardo, valendo-se do caso do mexicano Vidaña, que achou injusta a campanha do Ministério de Saúde do México pela não discriminação dos homossexuais, reagiu a ela considerando aquele comportamento como anormal, qualificando-o de verdadeira “aberração”, afirmou que aquela publicidade violentava as pessoas “normais”, quando desejava que elas não tivessem, ou pelo menos diminuíssem, os sentimentos homofóbicos (2019c, p. 153-155).

O ponto nevrálgico a ser destacado é que Vidaña “associa o homossexual com as figuras de assassino contratado, violador reconhecido, traficante de droga, consumidor de cocaína” (Gallardo, 2019c, p. 153-155). Nessa adjetivação escorchante identifica-se um conflito, porque mesmo essas figuras fazem *jus* às garantias de um processo judicial e o homossexual, o não-pessoa, não, evocando para si a extinção metafísica. Veja-se que o tipo que profere e propaga tal discurso “trata-se de um sujei-

to universal (não admite minorias e nem diferentes), racional (a graça o ilumina para entender como ‘razão natural’ o que vê); por universal, ‘normal’ e, por isso, moral” (Gallardo, 2019c, p. 155-156).

Para Vitória, “as ideias de democracia e direitos humanos estão entre os grandes paradoxos do mundo contemporâneo” (2018, p. 199) e servem para motivar processos de luta por um mundo mais justo, inclusivo, solidário e participativo; em sentido contrário, “esses mesmos discursos servem para justificar ideologicamente diferentes formas de dominação, exploração e exclusão entre seres humanos” (2018, p. 199).

Dando concretude ao seu pensamento, Vitória afirma que os diversos bens necessários à vida de todos os seres humanos – como a terra, a água, as sementes, a informação, a tecnologia, a educação, a medicina, a cultura etc. – foram transformados em mercadorias passíveis de apropriação, acumulação e especulação privada e orientadas à satisfação de interesses particulares, em detrimento da imensa maioria da humanidade (Vitória, 2018, p. 199-200).

A mercantilização da vida, as exclusões e as crescentes desigualdades sociais existentes, tornam evidente a disputa travada em torno dos significados. Roitman disse que “dar um significado à palavra democracia é parte de uma guerra teórica por controlar o mundo” (2002, p. 9). Segundo, Vitória, pode-se “ampliar a sentença, acrescentando o conceito de direitos humanos também como parte dessa mesma disputa pelos sentidos e, conseqüentemente, pelo poder” (2018, p. 200).

Ocorre que, nem todos os seres humanos se identificam com esse tipo de “racionalidade individualista” que o ocidente apresenta ao mundo como “universal” e indispensável, sobretudo porque trata de uma racionalidade abstrata que – concretamente – serve para acentuar as exclusões, as desigualdades e as relações assimétricas de poder, saber e ser, típicas do sistema-mundial moderno/colonial contemporâneo (Vitória, 2018, p. 201).

Para Lander, “*la conquista ibérica del continente americano es el momento fundante de los dos procesos que articuladamente conforman la historia posterior: la modernidad y la organización colonial del mundo*” (2000, p. 16). Corroborando com a tese de Lander, Quijano e Wallerstein consignam que

El moderno sistema mundial nació a lo largo del siglo XVI. América - como entidad geosocial – nació a lo largo del siglo XVI. La creación de esta entidad geosocial, América, fue e acto constitutivo del moderno sistema mundial. América no se incorporó en una ya existente economía-mundo capitalista. Una economía-mundo capitalista no hubiera tenido lugar sin América. (Quijano; Wallerstein 1992, p. 583).

E, daí, a conclusão de Santos, de que,

Enquanto o lado metropolitano se move de acordo com os paradigmas emancipatórios/regulatórios da modernidade, o lado colonial se move

sob as lógicas da apropriação/violência da colonialidade (SANTOS, 2009, p. 23-71).

Uma releitura da modernidade, sob o viés da colonialidade, aponta para a constatação do fato de que o contato dos europeus com o outro colonial não foi marcado apenas pela violência do saqueio, da dominação e do extermínio, mas também pelo seu “encobrimento” (Dussel, 1993, p. 44), ou seja, pela negação radical da humanidade.

O uso da expressão “descobrimento da América” pelos colonizadores não foi casual, segundo Dussel,

A conquista é um processo militar, prático, violento, que inclui dialeticamente o Outro como “si mesmo”. O outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitado, subsumido, alienado a incorporar-se à totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como “encomendado”, como “assalariado” (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais). A subjetividade do “conquistador”, por outro lado, foi-se constituindo, desdobrando lentamente na *práxis* (1993, p. 44).

O ponto de vista particular europeu se impôs como “universal” a partir de uma *hybris* (conceito grego que significa arrogância, prepotência, desmesura), propiciada pelas relações assimétricas de poder, que favorecem as metrópoles em desfavor das colônias. A Europa se assumiu como o “centro”, não apenas das relações comerciais, econômicas e políticas (ligadas a colonização do espaço), mas também da história (o que possibilitou a colonização do tempo) e da subjetividade a nível mundial, por considerar-se a referência de todo o conhecimento válido.

Assim, o racionalismo renascentista/iluminista, racista, burguês e patriarcal assume “um discurso ‘universal’ e ‘neutro’, fora do tempo e do espaço, constituindo-se como régua para medir todas as coisas, ‘capaz de adotar um olhar soberano sobre o mundo (...)’ (Castro-Gómez, 2005, p. 18). Segundo Lander:

Esta cosmovisão tem como eixo articulador central a ideia de modernidade, noção que captura, de um modo complexo, quatro dimensões básicas: 1) a visão universal da história associada à ideia de progresso (a partir da qual se constrói a classificação e hierarquização de todos os povos, continentes e experiências históricas); 2) a “naturalização”, tanto das relações sociais como da “natureza humana”, da sociedade liberal-capitalista; 3) a naturalização ou ontologização das múltiplas separações próprias dessa sociedade; e 4) a necessária superioridade dos saberes que produz essa sociedade (‘ciência’) sobre todos os outros saberes (2000, p. 9).

O capitalismo, enquanto sistema social histórico, que visa primordialmente a sua expansão e sua implementação, em escala mundial, causou grande mudança: “a motivação do lucro passa a substituir a motivação da subsistência” (Polanyi, 2012, p. 44). Essa transformação, segundo Polanyi, implicou na gradual transmutação de diferentes esferas da vida (terra e os meios de produção, o trabalho humano e o capital) em mercadorias, orientadas para a geração e acumulação de riquezas (capital).

O “encobrimento do outro” e as riquezas saqueadas das periferias para a metrópole consolidam uma economia de mercado em escala mundial.

Os discursos hegemônicos de democracia e direitos humanos, nascidos na ideia de igualdade formal e no livre mercado contribuem para a naturalização de um sistema baseado em diferentes formas de exploração estrutural: a da exploração das periferias pelos centros; da exploração dos trabalhadores pelos detentores do capital; das dominações racistas e patriarcais próprias da colonialidade; e da exploração irresponsável e desmedida do meio ambiente pela lógica do crescimento e da expansão do capital, entre outros. Neste sentido, os humanos são repartidos ou segregados “entre os que detêm meios de produzir e gerar riquezas (sujeitos de direitos) e aqueles que possuem apenas a própria força de trabalho (que se convertem em objetos, ou seja, mercadorias)” (Vitoria, 2018, p. 206).

Vitória analisa que, para harmonizar direitos humanos com o capitalismo, tem-se que escolher entre ignorar a “humanidade” de muitos seres humanos, ignorar as relações históricas entre os centros e a periferias, ignorar as desigualdades materiais ou simplesmente ignorar a existência da maioria da humanidade, que vive em condições miseráveis (2018, p. 208).

O sujeito burguês idealizado: homem, branco, proprietário, marido (heterossexual), europeu, cristão, adulto, pai, egoísta, em suas necessidades concretas constitui-se na referência para o estabelecimento do conjunto de liberdades que se asseguram abstratamente a todos os seres humanos, porém não se sustentam os meios para garanti-los. E, “paradoxo absoluto: a impossibilidade de sua generalização” (Vitoria, 2018, p. 208).

A igualdade formal serve para ocultar o caráter injusto e excludente do sistema. Segundo Galeano, “no mercado livre, é natural a vitória do forte e legítima a aniquilação do fraco. Assim, se eleva o racismo à categoria de doutrina dominante” (1990, p. 75).

O princípio também serve para legitimar a desigualdade entre os Estados nacionais soberanos. Embutidas na ideia de “desenvolvimento” escondem-se as relações históricas conducentes às relações internacionais assimétricas vigentes; à atual divisão internacional do trabalho e ao não-acesso aos recursos materiais e imateriais que vigoram. Abstraem-se não apenas as relações históricas concretas, mas, também,

oculta-se a impossibilidade de que todas as nações alcancem o nível de consumo dos países ricos, em função dos limites ecológicos existentes.⁵

A relação dependente entre a riqueza de uns e a miséria de outros; entre o desenvolvimento de uns e o subdesenvolvimento de outros, exatamente em nome da democracia e dos direitos humanos e do desejo de um mundo onde caibam outros mundos diferentes, leva ao questionamento sobre os privilégios ensejadores de uma vida miserável para a imensa maioria da humanidade.

E, embora a Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas consagre direitos sociais, econômicos, culturais, ambientais, direitos difusos e os clássicos direitos civis e políticos, há uma clara priorização epistêmica, hermenêutica e política, pelo ocidente, dos direitos individuais, individualistas e patrimoniais de todos os direitos humanos (Vitoria, 2018, p. 209-210).

O mundo pensado a partir do mercado estabelece direitos humanos situados no espectro do proprietário. “Nesse sentido, os direitos humanos não são apenas garantias contra os arbítrios do Estado, mas também contra as necessidades dos despossuídos” (Vitoria, 2018, p. 210). Nesse contexto, os direitos humanos são direitos do mercado e não da sociedade. Com a generalização desses valores patrimonialistas, todas as diferentes formas de entender a propriedade são marginalizadas.

As principais teorias sobre direitos humanos e democracia, aderindo a esse raciocínio, não costumam questionar o conteúdo e a fundamentação dos direitos humanos e da democracia liberal existentes, aceitando a “universalidade” dos direitos positivados em 1948 e do sistema político liberal, procedimental e representativo consolidado no ocidente, independente da sua justificação filosófica ou política.

De acordo com a narrativa hegemônica os direitos humanos passaram por três etapas até sua “universalização”: (i) nascimento no início era moderna, concomitantemente com a concepção individualista de sociedade; (ii) consolidação como direitos fundamentais a partir das revoluções burguesas; (iii) atingimento do *status* de “universais” a partir da Declaração de 1948, transformando-se, segundo Bobbio, em “um dos principais indicadores do progresso histórico da humanidade” (2004, p. 7). “Deste modo se reforça a ideia de que não pode haver direitos humanos ou democracia fora do processo histórico narrado e protagonizado pelo Ocidente” (Vitoria, 2018, p. 212).

Analisa Vitória que, essa ficção, transforma os direitos humanos existentes em “universais de fato”, sem considerar seu conteúdo e as problemáticas contingências de seu contexto (geo)político de construção. A maioria dos seres humanos se encontra retratada apenas de modo abstrato nas declarações de direitos humanos, por não possuir propriedades ou meios que garantam o exercício das liberdades fundamentais

⁵ Sobre os dados consultar o Relatório Planeta Vivo 2014, publicado pela organização WWF Internacional (2014), informa que se fosse generalizado mundialmente o nível médio de consumo dos cidadãos estadunidenses, seriam necessários os recursos naturais de 3,9 planetas iguais a Terra.

proclamadas. São titulares de direitos e garantias, como propriedade, a livre iniciativa, a livre expressão, a livre locomoção, a presunção de inocência, o contraditório, o devido processo legal, a saúde, a educação, a moradia, a alimentação, o trabalho entre outros, que não podem exercê-los pela falta de meios materiais (Vitoria, 2018, p. 213).

A busca pela ressignificação dos direitos humanos assume a necessidade de se retomar a discussão em torno da fundamentação e do conteúdo dos direitos humanos, não se restringindo ao âmbito da filosofia e muito menos ainda, na ótica de uma filosofia burguesa e colonialista.

Não se trata de escolher entre Kant, Hegel, Marx, Habermas ou Foucault, como ressalta Vitoria, não há de se cair nessa armadilha, deve-se superá-la, e pensar na possibilidade de construir direitos que considerem outras perspectivas, práticas e teóricas, em outros espaços e sob outros paradigmas econômicos, com conhecimento próprio, diverso e pluriversal (dentro e fora do ocidente), que não aceitem como naturais as relações humanas baseadas na dominação, exploração, humilhação e em todas as formas de inferiorização de uns por outros, além das relações com o entorno natural que coloquem em risco a possibilidade de continuidade da vida de todos os seres vivos (Vitoria, 2018, p. 216).

A concepção dominante sobre direitos humanos contribui para a perpetuação da colonialidade do poder. Os maiores violadores de direitos humanos da história se mostram como os maiores “defensores legítimos” de direitos humanos da espécie identificada por eles próprios como universais.

A adesão acrítica às concepções de democracia e direitos humanos predominantes serve para reforçar os padrões e os mecanismos dominantes (nacionais e internacionais), e não para transformá-los, contribuindo dessa maneira para colonizar o horizonte utópico dos indivíduos e coletivos e converter suas lutas contra o sistema em experiências fragmentadas (Vitoria, 2018, p. 217).

A ressignificação decolonial dos direitos humanos demanda a “reconstrução crítica da própria historicidade desses conceitos, por meio da compreensão das origens arbitrárias e criminosas da atual divisão internacional de trabalho e dos recursos” (Vitoria, 2018, p. 229), de forma a reclamar uma ordenação mais justa e igualitária, que assuma a identidade não-genérica do grupo a que representa. Essa transmutação deve considerar as perspectivas plurais, que contenham muitas perspectivas diversas em condições de igualdade, não apenas formais, mas estruturais e conjunturais.

Esse reconhecer-se, apartando-se do idealizado genérico europeu, coletivamente deve-se buscar, fora dos limites e das balizas impostas pela globalização da (pós) modernidade/colonialidade ocidental, capitalista, patrimonialista e patriarcal, a decolonização dos direitos humanos e da democracia. Para tanto, há que se questio-

nar e deslegitimar as atuais relações de poder e propriedade existentes, os saberes e práticas dominantes, discutindo-se o acesso aos bens materiais e imateriais e do trabalho, que não devem estar à mercê de interesses individuais acumulativos e excludentes porque têm implicações que afetam toda a humanidade.

Não se atendo a mera proteção ou à forma de como se garantir a efetivação dos direitos humanos, objetam-se à alegação da universalidade dos direitos humanos, a sua ressignificação, “desde gramáticas decoloniais sob outros horizontes, como alternativa de convivência e como estratégia de sobrevivência coletiva” (Vitoria, 2018, p. 230), em outras palavras, não há como generalizar direitos humanos que possam ser usufruídos por toda a humanidade, sem que se questione as situações extremamente desiguais, arbitrárias e racistas estabelecidas pelo ocidente.

5 CONCLUSÃO

À guisa de considerações finais sobre o tema epigrafoado: Breves Objeções à Universalidade dos Direitos Humanos: uma perspectiva da América Latina reconhece-se que os direitos humanos, inclusive os direitos sociais, econômicos e culturais são assegurados juridicamente, no ocidente, dentro de uma ótica capitalista, sendo movimentada por lutas burguesas que, embora não consigam promover uma reforma estrutural, estende direitos que são conquistados à conta gotas, num fluir e refluir histórico-cultural constante.

A alegada universalidade de direitos, apontada como conquista histórica da espécie humana, não inclui materialmente a todos, embora o faça formalmente. São discursos que induzem ao raciocínio inclusivo, mas que pela situação de miséria observada no mundo, inclusive na América Latina, expõe de forma cabal e irretorquível a miséria decorrente da exclusão de um “tipo” de seres humanos, comumente identificados como “minorias” étnicas, culturais e religiosas, dentre eles: os negros, os índios, as mulheres, os homossexuais entre tantos outros que, no Brasil, já em alguns casos, como o dos negros e mulheres são a “maioria”.

A necessária superação dessa realidade passa por desmistificar esses discursos viabilizadores de desigualdade, de arbitrariedades e de racismo. A decolonização dos direitos humanos e da democracia, que permita o acesso aos bens materiais e imateriais, não podem estar à mercê de interesses individuais acumulativos e excludentes, pois afetam a vida de toda a humanidade.

O olhar, do *locus* dos excluídos, dos oprimidos, das vítimas, deve ser nossa contribuição para a gênese de uma história dos direitos do homem menos unilateral e simplista do que aquela imperante nos manuais da história dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

BETTO, Frei. América Latina: a região com a maior desigualdade. **Jornal GGN**, São Paulo, 28 maio 2017. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/desenvolvimento/america-latina-a-regiao-com-a-maior-desigualdade-por-frei-betto/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BLANNING, T.C.W. **Aristocratas versus burgueses?** a revolução francesa. São Paulo: Ed. Ática, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTRO-GÓMEZ, S. **La hybris del punto cero**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

CAVALCANTI, Carlos A. M.; SIMÕES, Daniel; PEIXOTO, Edson; COSTA, Moisés. História moderna dos direitos humanos: uma noção em construção. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoa: Editora Universitária/UFPR, 2005. p. 48-49.

CONCEIÇÃO, Pedro. **Relatório de Desenvolvimento Humano de 2021/2022**. Nova York: PNUD, 2022. Disponível em: <https://www.undp.org/pt/angola/publications/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2021/2022>. Acesso em: 03 mar. 2023.

DUSSEL, E. **1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

GALEANO, Eduardo. **Nós dizemos não**. Rio de Janeiro. Revan, 1990.

GALLARDO, Helio. Compreensão sócio-histórica dos direitos humanos. In: GALLARDO, Helio; CARBALLIDO, Manoel E. D. (Org.) **Direitos humanos como movimento social**: para uma compreensão popular da luta por direitos humanos. Tradução de Fredson O Carneiro. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019a.

GALLARDO, Helio. *Excursus*: comunistas têm direitos humanos? In: GALLARDO, Helio; CARBALLIDO, Manoel E. D. (Org.) **Direitos humanos como movimento social**: para uma compreensão popular da luta por direitos humanos. Tradução de Fredson O Carneiro. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019b.

GALLARDO, Helio. *Excursus*: a categoria de não-pessoa e direitos humanos. In: GALLARDO, Helio; CARBALLIDO, Manoel E. D. (Org.) **Direitos humanos como movimento social**: para uma compreensão popular da luta por direitos humanos. Tradução de Fredson O Carneiro. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019c.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAHAN, Selim. **Relatório sobre Desenvolvimento Humano 2016**. Nova York: PNUD, 2016. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ao/HDR2016-2016-PT-ANGOLA.pdf&ved=2ahUKEwiujpKt4cSGAxVPqpUCHcQ2AhwQF-noECBkQAQ&usg=AOvVaw0ouGJDjrE0skHPu0Cc9XGW>. Acesso em: 03 mar. 2023.

LANDER, Edgardo. **La colonialidad del saber**: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latino americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

LISSARDY, Geraldo. Porque a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'. **BBC News Brasil**, São Paulo, 16 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51406474>. Acesso em: 18 mar. 2023.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil (1689-90). In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Mapa da Desigualdade 2022. Rede Nossa São Paulo, quadro: **Idade Média ao Morrer**. Disponível em: https://www.nossasaopaulo.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Mapa-da-Desigualdade-2022_Tabelas.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

MORAES, Yasmin A. L. 5 causas da desigualdade econômica. **Politize**, Florianópolis, 8 nov. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/desigualdade-economica-5-causas/>. Acesso em: 2 fev. 2023.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

QUIJANO, A.; WALLERSTEIN, I. La americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. **RICN**, Catalunia, v. XLIV, n. 4, 1992.

RODRIGUES, Guilherme Scotti; SCOTTI, Marcos V. L. Queiroz. Direitos fundamentais como abertura para o passado: diálogos entre Ronald Dworkin e a teoria pós-colonial. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 3, p. 217/240, set./dez. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1520>. Acesso em 05 mar. 2023.

ROITMAN, Marcos. **Democracia sin democratas y otras invenciones**. Madrid: Cataratas, 2002.

ROUANET, Sérgio P. **As razões do Iluminismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso Sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens. In: **Os Pensadores**: Rousseau. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SANTOS, B.S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: Santos, B.S.; Meneses, M.P. (Coord.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

TOSI, Giuseppe. Apresentação. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoa: Editora Universitária/UFPR, 2005a.

TOSI, Giuseppe. História conceitual dos Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoas: Editora Universitária/UFPR, 2005b.

VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias: e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre a democracia e direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 2, p. 198-236, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1298>. Acesso em: 10 fev. 2023.

O “NOVO” PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEFENSOR DA ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA

EL “NUEVO” PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE BRASIL: ENTRE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEFENSORA DE LA ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA

Ramon Gabriel Conti¹
Silvia Turra Grechinski²

RESUMO

O constitucionalismo democrático da contemporaneidade dá ênfase à Constituição Federal, enaltecendo sua soberania que, por sua vez, acarreta à constitucionalização do direito. Nesse novo cenário do constitucionalismo, o Poder Judiciário se vê numa posição de destaque, porquanto que reúne a incumbência de não só garantir a ordem democrática, como também de defender os direitos fundamentais. Apesar do contexto garantista oriundo da nova dogmática constitucional, não é raro verificar tentativas de agentes despóticos de se infiltrar no cenário político com o objetivo de deflagrar uma ruptura democrática por meio de um perecimento constitucional. Face a isso, tem-se, na presente pesquisa, a pretensão de responder qual o papel do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento do processo de erosão constitucional e de ruptura democrática. Para tanto, utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica, com caráter exploratório e do método hipotético-dedutivo, a fim de explicar e expor os conceitos predefinidos que sejam condizentes com o objetivo proposto.

Palavras-chave: Poder Judiciário; constitucionalismo; erosão constitucional; democracia.

RESUMEN

El constitucionalismo democrático contemporáneo enfatiza la Constitución Federal, exaltando su soberanía, lo que, a su vez, conduce a la constitucionalización del derecho. En este nuevo escenario de constitucionalismo, el Poder Judicial se ve en una posición destacada, ya que tiene la responsabilidad no sólo de garantizar el orden democrático, sino también de defender

¹ Doutorando Bolsista PROSUP/CAPES em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Advogado e professor.

² Doutoranda Bolsista PROSUP/CAPES em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professora do curso de Direito da PUC/PR. Advogada.

los derechos fundamentales. A pesar del contexto garantista que surge de las nuevas dogmáticas constitucionales, no es raro ver intentos de agentes despóticos de infiltrarse en la escena política con el objetivo de desencadenar una ruptura democrática mediante la destrucción constitucional. Ante esto, esta investigación tiene como objetivo responder al papel del Poder Judicial brasileño, en la forma del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el enfrentamiento al proceso de erosión constitucional y ruptura democrática. Para ello se utilizará una investigación bibliográfica, de carácter exploratorio y el método hipotético-deductivo, con el fin de explicar y exponer los conceptos predefinidos que sean coherentes con el objetivo propuesto.

Palabras-clave: Poder Judicial; constitucionalismo; erosión constitucional; democracia.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo democrático é um paradigma ideológico que despontou como um encarregado de promessas. Promessas que ostentavam um poder limitado e regulador, uma justiça material, tolerância, respeito e dignidade da pessoa humana. Seus pressupostos basilares são tanto a Constituição, enquanto força substancial e formal, quanto a democracia, empreendida pelo sufrágio universal.

O neoconstitucionalismo – também conhecido como constitucionalismo contemporâneo – procedente de um contexto pós-positivista, projeta a soberania do ordenamento jurídico na Constituição. Essa nova dogmática do constitucionalismo reluz a substancialidade e a forma das novas constitucionais em sentido vertical às leis e impõem um ônus argumentativo abrangente. De igual forma, promove o Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais e protetor do regime democrático, efetivando sua incumbência por meio da jurisdição constitucional.

Apesar de ser uma dogmática constitucional que visa a efetividade das normas constitucionais, o constitucionalismo contemporâneo se viu em um contexto de beligerância, ante o crescimento de agentes despóticos que visam corroer as instituições basilares da constituição e promover uma verdadeira ruptura democrática. O levante dos déspotas, contra a ordem constitucional democrática, acendeu um tom de alerta e de vigilância, que preconiza a defesa e a luta por uma democracia forte, pautada num constitucionalismo ainda mais firme em seus propósitos emancipadores e de força propulsiva.

Deste modo, a pesquisa é dividida em três estágios. Num primeiro analisará o constitucionalismo contemporâneo, seu paradigma e suas novas implicações enquanto garantidor da soberania da constituição. No segundo tópico explorará a mazela da erosão constitucional que aflige as democracias liberais ocidentais, evidenciando o diagnóstico do problema. O terceiro e derradeiro tópico, síntese da

investigação científica aqui proposta, vislumbrará o papel do Poder Judiciário – na figura do Supremo Tribunal Federal – no contexto do constitucionalismo contemporâneo e no enfrentamento do processo de corrosão constitucional e de ruptura democrática. Traz uma análise sobre a função garantidora que o Poder Judiciário exerce tanto na promoção de direitos fundamentais, como também na defesa da ordem democrática.

2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo democrático praticado no século XXI, pelas democracias liberais e ocidentais, não é uma criação espontânea de uma narrativa ou de um discurso. Ele é uma construção epistemológica que aduz por um enaltecimento de valores principiológicos oriundos de um intenso debate político, social, cultural e histórico³.

Tratar do constitucionalismo contemporâneo é antes enaltecer as bases pelas quais ele surgiu e tomou relevância. Para isso, necessário expor, a partir da concepção e das interpretações sobre o Estado de Direito, os elementos caracterizadores e impulsionadores que abriram o caminho para que o atual constitucionalismo fosse praticado.

Para esse recorte, o autor Danilo Zolo (2006, p. 11) faz corroborações fulcrais. Isto porque o autor resume o Estado de Direito como um Estado moderno, no qual o ordenamento jurídico tem a função e a tarefa de garantir direitos individuais, da mesma forma que tece ingerências sobre o poder político, impedindo-o de se expandir e de operar de forma arbitrária. Em suma, o Estado de Direito, pautado no império do direito, se estabelece como uma fonte de legalidade, em que positiva direitos e garantias e impõe limites ao poder soberano do Estado.

Por conseguinte, Zolo (2006, pp. 45-47) afirma, pelas experiências históricas do Estado de Direito, que o princípio de diferenciação do poder se expressa por meio de algumas modalidades institucionais, sendo elas: 1) aplicação do direito e a delimitação do exercício do poder; 2) distinção entre atuação das instituições legislativas das instituições administrativas; 3) o primado da lei, do princípio da legalidade e, por consequência, da reserva de legislação; 4) que o Poder Legislativo deve respeito aos direitos substantivos constitucionalmente definidos; e 5) a

3 Nas palavras de Paulo Ricardo Schier (1999, pp.62-63), “Uma nova epistemologia mostrar-se-á inócua se os operadores jurídicos continuarem com o velho modo de utilização do Direito. (...) para que alguma mudança possa manifestar-se, é necessária uma releitura das práticas e teorias dos operadores jurídicos. (...) no âmbito constitucional, tal desiderato somente é possível a partir de uma renovada compreensão do Direito Constitucional e da Constituição, que possibilitarão a extração de consequências que deverão irradiar-se por toda a ordem jurídica”.

autonomia do Poder Judiciário. O Estado de Direito, desta forma, ao atribuir ao ordenamento jurídico a função primaria de tutelar direitos civis e políticos, contrasta com a finalidade de inclinação do poder e à prevaricação (Zolo, 2006, p. 48).

Em síntese, como expõe Luige Ferrajoli (2003, p. 13), o Estado de Direito possui dois significados distintos. O primeiro, em sentido amplo, o Estado de Direito seria um ordenamento cujos poderes políticos, seus exercícios e procedimentos seriam conferidos pela lei. O segundo sentido, de teor substancial, o Estado de Direito seria não só vinculado à forma da lei, mas também em relação ao conteúdo.

Se por um lado o Estado de Direito, em sua essência era calcado na legalidade, enquanto fonte de restrição de poder político e garantidor de direitos fundamentais, o Estado constitucional que surge em decorrência do império da lei projeta a Constituição como um centro onde todo o ordenamento jurídico deve convergir. Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky, ao dizer que *o que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim, sempre pressuposto*⁴, evidência uma crítica ao positivismo jurídico⁵, ao passo que enaltece que a compreensão da ideia de Constituição é mais importante que a Constituição por si só. Essa importante colaboração de Zagrebelsky possibilita projetar o Direito Constitucional atual, impondo a interpretação de que todo o Direito que se tem hoje é, acima de tudo, uma repercussão constitucional.

Vale destacar, que para Zagrebelsky (2007, pp. 29-31), o Estado de Direito constitucional, cuja soberania advém da Constituição, continua não coadunando com os excessos e o uso desregulado do poder. Isso porque a noção de generalidade da lei proporciona uma “normatividade média”, que possibilita a sua ingerência em todos os cidadãos e indivíduos. Em outras palavras, o Estado de Direito, sob a égide da Constituição, na sua concepção de ordenamento jurídico, deve exprimir uma coerência intrínseca, vinculado a princípios e valores substanciais unitários.

Em consonância, Susanna Pozzolo (2003, pp. 187-210) expõe que, no Estado Constitucional é a Constituição a norma com hierarquia prevalente, tanto em aspectos formais quanto substanciais. Isto é, a Constituição não só impõe ao legislador balizas lógicas e formais como também a própria substancialidade da norma constitucional, o que vale dizer que a Constituição é um valor em si mesma.

4 Tradução da seguinte passagem do texto: “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto” (Zagrebelsky, 2007, p. 9).

5 Para Luís Roberto Barroso (2003, pp. 29-31), o positivismo jurídico correspondeu a uma tentativa de criar uma ciência do direito que fosse análoga às ciências naturais, por exemplo. Nesse panorama, o direito seria a norma, que emanada de um Estado, cuja característica seria a imperatividade e força de coação, se vincularia ao juízo de fato e não do valor. Ademais, Barroso adverte que a pretensão do positivismo, de vincular-se a uma certeza jurídica, possibilitou a ramificação do instituto em diversos subprodutos que serviram de disfarce para *autoritarismos de matrizes variados*.

No contexto brasileiro, a promulgação da Constituição Federal, em 1988, é marco histórico importantíssimo, porquanto que inaugura um novo paradigma que possibilitou instaurar um novo momento político e jurídico no Brasil. Nesse paralelo, pode-se afirmar que o texto constitucional consagrou não só a democracia, como também retomou o Estado de Direito e afirmou uma gama de princípios fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana (Schier, 2017, p. 32).

No limiar da compreensão da Carta Maior, enquanto meio de realidade jurídica, cuja normatividade seja vinculante e aberta à realidade social, impõe uma releitura do próprio Direito Constitucional. Isto porque as *novas dimensões da dogmática jurídica constitucional decorrem especificamente do discurso da força normativa da Constituição e da compreensão da Constituição enquanto sistema* (Schier, 1999, pp. 98-100).

Nesse contexto, o fenômeno da constitucionalização do direito⁶ decorre, da substancialização ou materialização das Constituições contemporâneas, que possibilita que as normas infraconstitucionais sejam impregnadas por princípios e regras oriundas do texto constitucional. Não mais se admite, assim, uma compreensão isolada do direito se não àquela vinculada aos preceitos e compreensões constitucionais. Esse contexto, de constitucionalização, conforme Paulo Ricardo Schier, é marco por alguns signos, como o *neoconstitucionalismo* e o pós-positivismo (Schier, 2014, p.p. 49-50).

Em consonância, para Daniel Sarmento, duas grandes características são claras com a constitucionalização do Direito. A primeira, tida como um caráter abrangedor do texto constitucional, possibilita que a Carta maior trate de temas também reservados a legislação infraconstitucional e, segundo, expõe que os princípios constitucionais promovem uma filtragem constitucional ao penetrarem em todo o ordenamento jurídico-legal (Sarmiento, 2006, pp. 181-182).

O Estado constitucional de Direito decorre da possibilidade de reconhecer que os direitos são um patrimônio subjetivo individual, que tomou forma a partir da constitucionalização dos direitos. Pozzolo (2004, p. 188) esclarece que o *neoconstitucionalismo* parte do processo de constitucionalização do *bill of rigths*, cujo catálogo de direitos fundamentais se viu mais detalhado.

Para Luís Prieto Sanchís (2003, pp. 101-102), a expressão *neconstitucionalismo*, por vezes aplicada de maneira confusa, serve para difundir distintos aspectos de uma *nova cultura jurídica*. Para isso, o autor julga que são quatro as acepções

6 Para Luís Roberto Barroso, “A constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito” (2019, p. 424).

principais do termo. A primeira concepção está atrelada a um certo tipo de Estado de Direito, designado, portanto, a modelo institucional de uma determinada forma de organização política. A segunda definição, o *neoconstitucionalismo* seria uma teoria do Direito, mais especificamente uma teoria capaz de descrever as características do referido paradigma. A terceira definição, seria entender o *neoconstitucionalismo* como uma ideologia ou filosofia política e, por fim, a quarta derivação do conceito de *neoconstitucionalismo*, estaria projetado em uma filosofia jurídica que incide sobre questões conceituais e metodológicas sobre a definição do direito, visando uma perspectiva que fosse adequada para empreender uma ciência jurídica.

Dentre as definições propostas por Sanchís (2003, p.117), a segunda parece ser mais condizente com o deslinde do que se expõe. Isto porque, o *neoconstitucionalismo* – ou Constitucionalismo contemporâneo – decorrente do Estado de Direito constitucional, parece exigir uma nova teoria do direito, ainda mais quando seu conteúdo se vê distante do chamado positivismo teórico.

Nessa nova e pretensa teoria, algumas características se fazem evidentes. Para Sanchís (2003, p. 117), o *neoconstitucionalismo* pode ser resumido em cinco epígrafes: (i) mais princípios do que regras⁷; (ii) mais ponderação do que subsunção; (iii) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; (iv) onipotência judicial em vez da autonomia do Poder Legislativo ordinário; e (v) coexistência de uma gama de valores plurais, as vezes contraditórios, no lugar de uma homogeneidade ideológica.

Para Luís Roberto Barroso (2019b, pp. 423-427), o *neoconstitucionalismo* identifica-se mediante as diversas transformações que ocorreram no Estado e no direito constitucional. Para tanto, estabelece três marcos importantes para o seu surgimento, o filosófico, o histórico e o teórico. Quanto ao filosófico, estabelece como marco o pós-positivismo⁸. Quanto ao marco histórico, vislumbra-se a formação do Estado constitucional de direito após a Segunda Guerra Mundial e, no caso do Brasil, o período histórico relevante é o da redemocratização promovida pela

7 Alfonso García Figueroa (2003, pp. 159-185), ao tratar sobre a importância com que os princípios têm na nova conjuntura do constitucionalismo contemporâneo, apresenta a maneira distinta pela qual eles aplicam o Direito. Para o autor, o modo de aplicar o Direito provém de um raciocínio jurídico complexo por meio do método de ponderação, cuja teoria estaria aplicada a uma argumentação jurídica, em que o raciocínio jurídico é derivado de uma aplicabilidade prática-geral.

8 “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores da interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana” (Barroso, 2018, p. 427)

promulgação da Constituição Federal de 1988. No que se refere ao marco teórico, Barroso (2019b) lista uma série de novas percepções e práticas, que incluem: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Em convergência, Paulo Ricardo Schier (2014, p. 51) expõe que o *neoconstitucionalismo* tem a emergência não mais de um Estado de Direito, mas sim de um Estado Constitucional. Para o autor, nesse quadro, é possível a visualização dos seguintes fenômenos: (i) maior presença da constituição do que da lei; (ii) maior presença do juiz do que do legislador; (iii) maior participação dos princípios do que das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como “limitação”, mas também como “prestação” e legitimação material; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem, contudo, o abandono da forma, do procedimento; e (ix) teoria fundada na argumentação sob uma análise pós-positivista.

Percebível que todos os autores projetam o *neoconstitucionalismo* como um meio de expressão de uma nova dogmática do direito constitucional, pautado na égide da Constituição e num protagonismo do Poder Judiciário. O Constitucionalismo contemporâneo se projeta, desta forma, como meio de satisfação dos preceitos constitucionais, ensejando uma atribuição mais ampla para o Judiciário, através da jurisdição constitucional e de um ônus argumentativo mais amplo.

3 A EROSÃO CONSTITUCIONAL E RUPTURA DEMOCRÁTICA

O constitucionalismo democrático – ideologia vitoriosa do século XX (Barroso, 2019a, p. 9) – e seus desdobramentos epistemológicos e paradigmáticos, possibilitaram o processo de constitucionalização do direito que culminou em uma soberania calcada no texto constitucional – na Constituição (Zagrebelsky, 2007, p. 12). Nesse contexto, o Estado de Direito meramente legalista, sob um viés positivista (Ferrajoli, 2003, p. 15), abre-se para uma referência de Estado de Direito Constitucional, fundado em premissas pós-positivistas, buscando estabelecer uma legitimidade substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade (Schier, 2014, p. 51).

A nova ordem jurídica – o *neoconstitucionalismo* – vem sendo construída sob a regência da Constituição, tanto em aspectos formais quanto materiais. O *neoconstitucionalismo* e a constitucionalização dos direitos *têm marcado de forma significativa, a compreensão do sentido da Constituição, sua função, seus problemas e as respostas que ela pode dar* (Schier, 2014, p. 53).

Apesar da abrangência substancial que o novo paradigma do direito propõe, não raro se observa a tentativa astuta de agentes despóticos em desafiar a soberania constitucional e os pilares de sustentação do regime democrático. Os discursos falseados e com conotação antidemocrática, ocasionam um desequilíbrio na harmonia constitucional, em face da subversão de valores republicanos e políticos.

Tanto o constitucionalismo contemporâneo quanto as democracias ocidentais têm sofrido um frequente ataque aos seus alicerces. A ruptura democrática e a erosão constitucional são por vezes camufladas de tons de mudança benevolente, mas que esconde uma intenção de assenhoreamento do Poder Político, conclamando atitudes segregacionistas e ocasionando a relativização de direitos e garantias fundamentais.

Vale destacar que o modelo de democracia liberal, proposto na atualidade, é aquele que se vislumbra o respeito aos direitos básicos das pessoas e aos direitos políticos dos cidadãos. Além desse panorama geral, o regime democrático também se baseia no império da lei, protegido pelos tribunais, estabelecido pela separação dos poderes (entre Executivo, Legislativo e Judiciário) e possibilitado por um processo eleitoral livre, universal e periódico (Castells, 2018, p. 11).

Esse universal aparato de direitos, garantias e instituições está abarcado pelo manto do constitucionalismo democrático. Este mesmo constitucionalismo democrático é alvo de ataques que visam sua instabilidade. Para Manuel Castells (2018, p.17), a fragilidade com que as democracias ocidentais liberais têm perpassado é resultado de uma conjunção de processos que se reforçam mutuamente.

Dentre os fatores, Castells (2018) evidencia a globalização da economia e da comunicação, coeficientes que solaparam e desestruturaram as economias nacionais e passaram a limitar *a capacidade do Estado-nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais na origem, tais como as crises financeiras, a violação aos direitos humanos, a mudança climática e outros* (Castells, 2018, p.18).

Em outra perspectiva, mas em consonância ao diagnóstico acima, Michael Sandel (2020, pp. 30 e ss) propõe dois fatores que contribuíram para um descontentamento popular e a convergência da população aos discursos de líderes demagogos. O primeiro estaria atrelado a irritação de grupos sociais populares contra as elites, principalmente quando da crescente diversidade de raça, etnia e gênero. O segundo, atribui-se o levante populista ao ressentimento oriundo das classes trabalhadoras que se sentem ameaçadas com a globalização e tecnologia.

Esse cenário de descontentamento da população propicia a mobilização política baseada em um certo antagonismo. Como pontua David Landau (2018), o populismo se conceituaria como uma *ideologia de centro fino*, que colocaria em la-

dos opostos dois grupos antagônicos e homogêneos. De um lado, o “povo puro”, validado por um discurso populista autocrata, e de outro a “elite corrupta” – o mal que deve ser combatido para que os anseios populacionais sejam atendidos (Landau, 2018, p. 522).

O conceito de populismo, disposto enquanto disposição de grupos antagônicos e homogêneos, levanta a inimaginável tese de que apenas os agentes políticos populistas são capazes de representar a vontade popular, assim como de portar a vontade do povo. A figura do populista se baseia no projeto constitucional de agir mediante críticas às ordens constitucionais e aos instrumentos democráticos, para poder minar controles e limitações de mando e se consolidar enquanto autoridade máxima (Landau, 2018, p.526).

Nesse mesmo sentido, segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 32), os agentes que facilmente atestam positivo no teste de autoritarismo são os *outsiders* populistas. Tais populistas são políticos de discurso *antiestablishment*, que se colocam como representantes do povo e travam guerras contra o descrevem ser uma elite corrupta e conspiradora.

Ademais, para os autores, não são raros os casos em que há o surgimento de demagogos extremistas, pelo contrário, as vezes surgem de forma corriqueira, inclusive em sistemas democráticos saudáveis. Todavia, o problema se estabelece quando os partidos políticos não exercem um filtro para impedir o crescimento e ou o acúmulo de poder por parte de agentes insurgentes (Levitsky e Ziblatt, 2018, p. 18).

A figura de agentes despóticos populistas, para Levitsky e Ziblatt (2018, pp. 80-81), ocasionam um enfraquecimento dos valores democráticos, por meio do que denominam de erosão da democracia. Ou seja, de maneira gradativa, perene, os demagogos eleitos incentivam medidas políticas e governamentais com o propósito de subverter valores democráticos. Ressalta que tais medidas, por vezes, são calcadas em parâmetros de legalidade, visando atacar instituições, relativizar manifestações políticas e atentar contra direitos civis⁹.

Nesse sentido, David Landau (2020, p. 20) traz importante corroboração ao tratar sobre o constitucionalismo abusivo¹⁰. Em linhas gerais, para o professor

9 “Como autoritários eleitos destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, a investida contra a democracia começa lentamente. Para muitos cidadãos, ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomando individualmente, cada passo parecer insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia” (Levitsky e Ziblatt, 2018, pp. 80-81).

10 Uma análise do constitucionalismo abusivo na América Latina e suas implicações pode ser vislumbrado o *paper* de Diogo Bacha Silva e PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud Pedron, intitulado *Hiperpresidencialismo, constitucionalismo abusivo e novo constitucionalismo Latino-Americano: uma leitura de teoria constitucional Latino-A-*

americano, a definição de constitucionalismo abusivo estaria calcada em um mecanismo de mudança do texto constitucional, por meio do processo formal de emenda à constituição, que tornaria o Estado menos democrático.

A utilização do mecanismo de mutação constitucional para desgastar com a ordem constitucional democrática reforça que a ruptura da democracia não provém de forma ostensiva, mas sim de maneira ardilosa e de dentro do próprio sistema político. Os colapsos constitucionais ocorrem em virtude dos próprios governantes eleitos, que buscam fazer do sistema político, constitucional e eleitoral um meio de satisfazer seu plano de poder (Levitsky e Ziblatt, 2018, p. 13).

Em paralelo, e enfatizando ainda mais o conceito de erosão constitucional, Jack Balkin (2018, p. 101) cunha o termo *constitutional rot* (podridão constitucional, em português). O termo serve, a princípio, para fazer um contraponto ao conceito de *crise constitucional*¹¹, todavia não deixa de ser uma expressão de importância prática, ainda mais quando da análise dos eventos contemporâneos que indicam um enfraquecimento dos valores democráticos e da Constituição.

O termo *constitutional rot* é uma degradação das normas constitucionais que operam de maneira perene. Ou seja, é um movimento contínuo de decadência das características saudáveis de um regime de governo democrático, o que ocasiona em um déficit da noção de republicanismo. Nesse cenário, os representantes não mais se dedicam à promoção do bem comum, afastando o poder estatal da opinião e vontade popular (Balkin, 2018, p. 105).

Para Balkin (2017, pp. 1-2), há quatro causas do processo de *rot constitutional* que estão interligadas e acabam decompondo o sistema republicano democrático. O primeiro elemento, e o mais visível na atualidade, é a polarização política, o segundo é a perda de confiança do povo, o terceiro o aumento da desigualdade econômica e o quarto, os desastres políticos.

Além das quatro causas, Balkin (2018, pp. 107-108) expõe ainda dois sérios riscos para a democracia. O primeiro seria o aumento de *jogos duros* entre os autores políticos dispares, ocasionado pelo aumento da polarização política¹². O

mercana, publicado na *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, no volume 27, n.2, nas páginas 265-292 no período de maio e agosto do ano de 2022.

11 Para Sanford Levinson e Jack Balkin (2009, pp. 707-753), as crises constitucionais podem derivar de três situações distintas: (i) quando as autoridades excedem suas atribuições constitucionais para lidar com casos extraordinários; (ii) quando há uma fidelidade excessiva em face de uma constituição falha e que já não é capaz de resolver crises políticas; e (iii) quando há uma adesão generalizada em obedecer a constituição.

12 Nesse sentido, para Levitsky e Ziblatt (2018, p. 112), “a erosão da tolerância mútua pode motivar os políticos a desdobrarem seus poderes institucionais tão amplamente quanto possível sem serem punidos. Quando partidos se veem como inimigos mortais, os interesses em jogo aumentam de maneira dramática. Perder deixa de ser uma parte rotineira e aceita do processo político, tornando-se, em vez disso, uma catástrofe total. Quando o custo inferido de perder é suficientemente alto, políticos serão tentados a abandonar a reserva institucional. Ato de jogo duro constitucional podem então, por sua vez, minar ainda mais a tolerância mútua, reforçando a

segundo seria a tentativa, por agentes políticos insurgentes, de destruir as regras do jogo político, fazendo uso de técnicas que impossibilitariam uma competição política justa.

O processo de desgaste constitucional, eclodido com uma ruptura democrática, pode dar azo a uma crise constitucional que garantiria a perpetuação de agentes draconianos no poder. A eminência dessa possibilidade se vincula a ruína do próprio Estado de Direito, uma vez que *só se encontra verdadeiro Estado de Direito onde também exista democracia* (Novais, 2006, p. 19).

Por conseguinte, quando Karl Marx (2011, p. 25) – ao acrescentar ao discurso hegeliano – de que todos os fatos e personagens com grande relevância na história do mundo ocorrem duas vezes, mas sendo a *primeira vez como tragédia, a segunda como farsa*, possibilitou a análise mais fidedigna do que se instaura atualmente. Uma análise que demonstra o quanto que há de tons falaciosos de revolução nos discursos de agentes arbitrários, uma vez que estes só visam atacar instituições democráticas, correr a constituição e pôr fim a todo e qualquer sentimento republicano (Balkin, 2018, p. 105).

Destaca-se que os falsos revolucionários não são capazes de agir nos limites que a própria realidade os impõe (Marx, 2011, p. 26), pois por vezes são os populistas despóticos dramaturgos da sua própria narrativa. Como bem expõe Adam Tooze (2021, p. 284), os líderes populistas amam o drama e se vinculam a ele com tamanha intensidade que o real se torna difícil de ser distinguido e a linha entre a retórica e a mudança política fica embaraçada.

Mas seja como tragédia ou farsa, os déspotas são ardilosos e fazem uso de estratégias não só para alcançar o poder político como também se perpetuar nele. São indivíduos que não convergem em favor dos direitos e garantias fundamentais, tampouco com os valores republicanos e democráticos, porquanto que exercem a segregação como bandeira para vociferar um discurso de ódio pautado em um conservadorismo voraz.

Por derradeiro e diante desse cenário, em que o constitucionalismo se vê em processo de erosão e a democracia em vias de ruptura, há uma necessidade ainda mais forte de reafirmar e defender a democracia. Como bem expõe Robert Dahl (2001, p. 73), é a democracia e seus benefícios *a mais desejável que qualquer alternativa viável a ela*, o que nos alerta que, apenas por meio da democracia que há a segurança da garantia de acesso aos direitos fundamentais e a promoção dos valores emanados pelo Estado de Direito.

4 O “NOVO” PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: ENTRE PROMOVEDOR DE GARANTIAS E GARANTIDOR DA ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA

O constitucionalismo democrático contemporâneo enalteceu as funções exercidas pelo Poder Judiciário, alçando-o como um dos protagonistas da defesa de direitos fundamentais e da democracia, ampliando sua ingerência sobre os demais poderes e garantindo, por meio da jurisdição constitucional, uma atuação que fosse pautada, em certas ocasiões, em um sentido contramajoritário.

Como bem pontua Jorge Reis Novais (2006, p. 48), se os direitos fundamentais são tidos como trunfos em face da maioria, não seria condizente que esta mesma maioria reconhecesse a validade e a qualidade de um direito fundamental. Isso, nas palavras do autor, daria ao *‘adversário’ a possibilidade de certificar pontualmente a qualidade de trunfo*, subvertendo não só as regras do jogo institucional, como também esgotando a própria noção de trunfo. Em outras palavras, dar à maioria democrática a possibilidade de determinar a força de um direito fundamental subverteria a própria noção basilar do Estado de Direito.

Nesse sentido, o papel contramajoritário do Poder Judiciário, exercido por meio da jurisdição constitucional, torna-se meio de enfatizar e dar azo aos trunfos contra a maioria. Esse papel do Poder Judiciário, aliado com a sua nova posição de destaque promovido pelo constitucionalismo contemporâneo, demonstra que cabe ao Judiciário o papel de garantir a ordem constitucional e a efetividade de direitos fundamentais.

Isso, contudo, não quer dizer que o novo papel do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, não deva ser exercido com parcimônia, ao contrário, o ideal de democracia representativa, como bem pontua Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016, p. 64) continua sendo um pilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, mas tem se tornado insuficiente para lidar com a gama de pluralidades e complexidades que compõe o Brasil.

Ademais, como pontua Paulo Ricardo Schier (2017, p. 40), no contexto da força normativa superior da Constituição, *o Poder Judiciário tem acesso direto a normatividade constitucional podendo “fazer valer” esta normatividade mesmo contramajoritariamente*. Nesse sentido, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem encontrado suas bases fundamentais em dois principais pressupostos. O primeiro é a proteção dos direitos fundamentais, o segundo diz respeito à proteção das regras do jogo político, isto é, proteção da própria essência da democracia, ao permitir e garantir a participação política de todos os cidadãos (Barroso, 2019b, pp. 439-440).

Como bem expõe o professor Paulo Ricardo Schier (2017, p. 43), o Poder Judiciário não possui um *déficit* de legitimidade na atuação no plano dos direitos

fundamentais, quando da sua atuação em caráter contramajoritário. Contudo, deve-se analisar o exato local, papel e limites que o Judiciário deve exercer em virtude do arranjo institucional.

Esse debate, sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no constitucionalismo democrático é fulcral para se entender os limites, as atuações e as promoções que estão ao turno do Poder Judiciário. Todavia, o debate não questiona a importância com que a jurisdição constitucional exerce na nova dogmática constitucional, ao contrário, busca aprimorar o exercício da atividade jurisdicional, estabelecendo e priorizando uma estabilidade entre os Poderes da República¹³.

Em suma, o caráter contramajoritário exercido pelo STF, quando da promoção de direitos fundamentais, tem clara e inequívoca função de demonstrar que a Corte Suprema objetiva preservar os mandamentos constitucionais, propiciando aos grupos minoritários a possibilidade de serem abarcados por decisões políticas. A mesma função contramajoritária também visa romper qualquer tentativa arbitrária de grupos majoritários de exercerem de forma indiscriminada ingerências contra pautas de grupos vulneráveis.

Dentre as decisões que demonstram o papel contramajoritário do STF e sua incumbência pela garantia dos direitos fundamentais, pode-se citar: (i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, assim como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, que reconheceram a união estável homoafetiva; e (ii) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF que validou as ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.

Já no que se refere a atuação do Poder Judiciário quanto à proteção e garantia da ordem democrática, percebe-se ainda mais a forte capacidade que o Supremo Tribunal Federal tem de intervir com suas decisões. Isto porque *o regime democrático não pode abdicar da defesa de seus próprios valores* (Casalino e Prado, 2023, p. 98), da mesma forma que as suas instituições – em especial o STF, por ser o garantidor do texto constitucional – também não devem se abdicar.

Para a análise da função com a qual o Poder Judiciário, na figura do STF, vem exercendo a defesa da democracia, importante digressão quando do discurso proferido, no ano de 2016, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no plenário da Corte na ocasião do 28º aniversário de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na época, o eminente ministro fez citação de um famoso trecho do discurso de Rui Barbosa, datado de 29 de dezembro de 1914. O trecho em evidência, definiu o poder da Suprema Corte

13 Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2019b, p. 441) é claro em esclarecer que o “papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador”.

em matéria constitucional, pronunciando que cabia ao STF, apesar de falível a erros, *o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade* (Brasil, 2016, p. 5).

Parafraseando e analisando a simbólica frase de Rui Barbosa, entonada no discurso do Ministro da Suprema Corte, possível afirmar que – da mesma forma em que cabe ao STF decidir por último – cabe também a ele proteger, por último, os valores principiológicos do Estado Constitucional Democrático. E por vezes, nos últimos quatro anos da breve democracia brasileira, foi a Suprema Corte que atendeu aos desafios de defender o texto constitucional e consequentemente a democracia no Brasil.

Vale destacar, que o papel da Suprema Corte, em uma propositura mais afirmativa na busca da defesa da democracia, tem estreita relação com o novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo. O novo papel do Supremo Tribunal Federal impõe a vigilância de estar atendo a todos ensaios que sobrevierem na tentativa de atingir a ordem constitucional democrática.

A função da defesa da democracia por parte do Poder Judiciário, se não unânime, é majoritariamente aceita pela doutrina constitucional. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto (2020, p. 261) enfatiza que na hipótese de defesa e preservação da própria democracia, o exercício da jurisdição constitucional se legitima de forma inequívoca.

Aliás, Souza Neto (2020, p. 261), ao enfatizar o propósito do papel fundamental desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, expressa que sua incumbência precípua é a defesa institucional do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, para o autor, a Suprema Corte é a instância contramajoritária cujos deveres de proteger minorias e manter a democracia viva se cominam.

No mesmo sentido, Tom Ginsburg e Aziz Huq (2018, p. 187) esclarecem o quanto as Supremas Cortes Constitucionais acabam adquirindo atribuições que as impulsionam para preservar o ambiente político democrático, principalmente em face aos postulados procedimentais da jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade. Aliás, segundo os autores, as Cortes Supremas dispõem cada vez mais espaço para agir em situações que demandam à proteção da democracia, incluindo, dentre outras competências, a regulamentação de partidos políticos, a certificação e observação de processos eleitorais dentre outros.

Nesse paralelo, pode-se vislumbrar que em certos cenários de instabilidade institucional, oriundo de um processo de corrosão constitucional, a atuação da Suprema Corte deva ser mais incisiva, ainda mais quando em jogo a proteção de pressupostos do próprio regime democrático. É, por esse entendimento, dever do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, corrigir as eventuais patologias que ostentarem desvirtuar o sistema representativo, impedindo a livre expressão e

participação política, além de proteger direitos e interesses de grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente chegarão às deliberações majoritárias (Fuz e Frazão, 2015, p. 65).

Dentre os exemplos de decisões com cunho de salvaguardar a democracia, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se citar as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.347, 6.351 e 6.353, ajuizadas pelo Partido Político Rede Sustentabilidade, Partido Socialista Brasileiro e pelo Conselho Federal da OAB, que visava questionar as medidas provisórias editadas pelo Governo Federal que limitava o acesso à informação durante o período da pandemia. Nas referidas ações, o Supremo Tribunal Federal considerou a limitação prevista na Medida Provisória uma ofensiva contra o direito à liberdade de informação, sustentáculo do regime democrático de Direito, suspendendo a eficácia da medida proposta pelo Executivo (Brasil, 2020).

São inúmeras as decisões e atuações em que o STF, nos últimos anos, atestou e promoveu o enfretamento de medidas autoritárias por meio da salvaguarda da democracia. A atuação do Poder Judiciário na promoção e defesa do regime democrático além de um direito é um dever, porquanto ser ele o incumbido, pelo texto constitucional, de salvaguardar o Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Duas considerações são importantes para compreender o desenho político, dogmático, social e até institucional que a contemporaneidade exprime. Primeiro, o *neoconstitucionalismo*, que é pautado, conforme evidenciado na presente pesquisa, em uma afirmação dos princípios constitucionais, o que consagra a Constituição, e seus direitos fundamentais, como eixo irradiador de todo o ordenamento jurídico.

O segundo é um movimento reacionário – também contemporâneo ao neoconstitucionalismo –, que se personifica como uma força diligente, formada por agentes arbitrários e que pretende solapar e erudir a constituição. Dentre seus pretensiosos anseios, um é o mais ambicioso, o de promover uma ruptura democrática. Suas tentativas são realizadas de maneira perene e ardilosa, e se personificam por meio da corrosão das instituições que cercam e alicerçam a democracia, até que haja o total e completo esmorecer do Estado Democrático de Direito.

As duas considerações acima são antagônicas, não só por denotarem um sentido divergente entre si, mas por exprimirem concepções dogmáticas totalmente distintas. O *neoconstitucionalismo* não se dobra ao autoritarismo, da mesma forma que este não se satisfaz com a imposição da força da norma constitu-

cional. O *neoconstitucionalismo* impõem a constituição e os direitos fundamentais, o autoritarismo os rechaça.

Desse cenário, o Poder Judiciário aponta-se como uma alternativa para salvaguardar a democracia e com ela a constituição, porquanto que promove decisões que visam garantir não só a efetividade e prestígio dos direitos fundamentais, como também a garantia do regime democrático e republicano. Nesse sentido, o *neoconstitucionalismo*, na interpretação do direito a partir dos direitos fundamentais, resiste e impulsiona o Estado de Direito como efetividade e garantia, o que oportuniza uma atenuação aos movimentos autocratas. Deste modo, somente por meio de um Estado de Direito forte é que se terá um constitucionalismo capaz de possibilitar todos os seus anseios e garantir a primazia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack. Constitutional crisis and Constitutional rot. In: TUSHNET, Mark; LEVINSON, Sanford; GRABER, Mark (orgs.). **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018

BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. (June 14, 2017). In: SUSTEIN, Cass. **Can It Happen Here?: Authoritarianism in America**. Yale Law School, Public Law Research Paper, 2018: Fothcoming, nº 604.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-48

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo democrático**: a ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019a

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso proferido pelo Ministro Celso De Mello - Plenário do Supremo Tribunal Federal**. Site do Supremo Tribunal Federal. Brasília (DF). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoCF88.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.351/DF**. Constitucional e administrativo. Restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação. Ausência de razoabilidade. Violação aos princípios da publicidade e transparência. Suspensão do artigo 60-B da Lei 13.979/11, incluído pela MP 928/2020. Medida

cautelar referendada [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 202. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753468971>. Acesso em: 12 abr. 2023.

CASALINO, Vinícius Gomes; PRADO, Danilo Luchetta. Para além do Poder Constituinte: o sistema democrático como fundamento de um núcleo imutável de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 28, n.1, p. 75-102, jan./abr. 2023

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília (UnB), 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 159- 185.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The Chicago University Press, 2018.

LANDAU, David. Constitucionalismo Abusivo. Tradução: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. **REJUR – Revista Jurídica da UFERSA**: Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71

LANDAU, David. Populist Constitutions. **University of Chicago Law Review**, vol. 85, n. 2016, pp. 521-543, 2018

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack. Constitutional Crises. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 157, nº 03, 2009

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo/SP: Editora Boitempo: 2011

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais – trunfos contra a maioria**. Coimbra: Comibra, 2006

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamenales**. Madrid: Trotta, 2003

SANDEL, Michael. **A Tirania do Mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização, 2020

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (org). **Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 1, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**. Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, Diogo Bacha; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Hiperpresidencialismo, constitucionalismo abusivo e novo constitucionalismo Latino-Americano: uma leitura de teoria constitucional Latino-Americana. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 27, n.2, p. 265-292, mai/ago. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

TOOZE, Adam. **Portas Fechadas**: como a Covid abalou a economia mundial. Todavia: 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro, Danilo (ORGS). **O estado de Direito – história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

PARTE 3
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS:
O COMPROMISSO COM O
ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: UMA ANÁLISE SOBRE OS LIMITES E POSSIBILIDADES PARA AS DECISÕES EM MOMENTOS EXCEPCIONAIS

LA JURISPRUDENCIA DE CRISIS Y SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA: UN ANÁLISIS DE LOS LÍMITES Y POSIBILIDADES DE DECISIÓN EN MOMENTOS EXCEPCIONALES

Gerlis Prata Surlo¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

RESUMO

A declaração de emergência em saúde pública internacional pela Organização Mundial da Saúde – OMS provocou profundas mudanças no comportamento das pessoas e das instituições em decorrência da pandemia mundial do coronavírus no início de 2020. No Brasil não há um sistema normativo específico cujo objeto seja a disciplina jurídica expressa para períodos de anormalidade, a exemplo da pandemia do coronavírus. Em tempos de crise, muitas vezes, são utilizados discursos econômicos financeiros na tentativa de justificar alterações legislativas ou decisões judiciais sem o crivo limitador dos direitos e garantias fundamentais constitucionais. Para a realização da força normativa constitucional há pressupostos capazes de impulsionar a força ativa quando reúne conteúdo e práxis. O objetivo do presente trabalho é analisar os limites e as possibilidades de atuação do judiciário na interpretação constitucional em momentos excepcionais não disciplinados pela normatividade expressa. A partir do método dialético busca-se construir uma interpretação justificada racionalmente capaz de legitimar uma decisão judicial em tempos de excepcionalidade, com limites no próprio conteúdo textual, nos parâmetros formais e materiais predefinidos pelo ordenamento constitucional, na fundamentação das decisões, bem como na coerência e integridade das decisões do Supremo Tribunal Federal com quórum qualificado de deliberação colegiada.

Palavras-chave: limites e possibilidade; legitimação democrática; jurisprudência de crise.

1 Advogado. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. E-mail: gerlis.prata@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0022-013X>.

2 Doutor em Direito e Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal.

RESUMEN

La declaración de emergencia de salud pública internacional por parte de la Organización Mundial de la Salud – OMS provocó profundos cambios en el comportamiento de personas e instituciones como consecuencia de la pandemia global de coronavirus a principios de 2020. En Brasil no existe un sistema regulatorio específico cuyo El objetivo es la disciplina jurídica expresada para períodos de anormalidad, como la pandemia de coronavirus. En tiempos de crisis, los discursos económicos y financieros se utilizan a menudo en un intento de justificar cambios legislativos o decisiones judiciales sin limitar derechos y garantías constitucionales fundamentales. Para la realización de la fuerza normativa constitucional existen supuestos capaces de potenciar la fuerza activa cuando reúne contenido y praxis. El objetivo del presente trabajo es analizar los límites y posibilidades de la acción del poder judicial en la interpretación constitucional en momentos excepcionales no disciplinados por la normatividad expresada. Utilizando el método dialéctico, buscamos construir una interpretación racionalmente justificada capaz de legitimar una decisión judicial en tiempos de excepcionalidad, con límites al propio contenido textual, a los parámetros formales y materiales predefinidos por el orden constitucional, a partir de decisiones, así como sobre la coherencia e integridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal con quórum calificado para la deliberación colegiada.

Palabras clave: límites y posibilidades; legitimación democrática; jurisprudencia de crisis.

1 INTRODUÇÃO

A declaração de emergência em saúde pública internacional pela Organização Mundial da Saúde – OMS provocou profundas mudanças no comportamento das pessoas e das instituições em decorrência da pandemia mundial do coronavírus no início de 2020.

Para tratar da matéria de enfrentamento à pandemia foram editadas normas cujo objeto interferiu, muitas vezes, diretamente nas liberdades individuais e coletivas. Ocorre que, inexistente no Brasil um sistema normativo específico cujo objeto seja a disciplina jurídica expressa para períodos de anormalidade, a exemplo da pandemia do coronavírus.

Internamente, o Brasil editou a Lei 13.979/2020 (BRASIL, 2020) a fim de estabelecer medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública com restrição de liberdades individuais de circulação, isolamento social e utilização de equipamentos de proteção preventivos. Já os Estados e Municípios adotaram diversas regras preventivas com objetivo de reduzir a contaminação em série. Inclusive, por decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341 (BRASIL, 2020), foi reconhecida a competência concorrente para tomada de providências normativas e administrativas de todos os entes federativos em tema relacionado à saúde pública.

Também foram editadas medidas provisórias de natureza trabalhista, no âmbito federal, com objetivo de preservação do emprego e da renda (MP 927/2020), bem como a instituição do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (MP 936/2020), esta última convertida na Lei 14.020/2020 (BRASIL, 2020).

A Constituição Federal Republicana de 1988 não dispõe de dispositivos expressos para enfrentamento de crises pandêmicas graves, a exemplo da pandemia do coronavírus. Existem previsões como o estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (art. 137), mas não há normatividade constitucional explícita quando se trata de estado de calamidade como vivenciado em tempos de pandemia mundial.

Em tempos de crise, muitas vezes, são utilizados discursos econômicos financeiros na tentativa de justificar alterações legislativas ou decisões judiciais sem o crivo limitador dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Para a realização da força normativa constitucional há pressupostos capazes de impulsionar a força ativa quando reúne conteúdo e práxis. A interpretação constitucional em tempos de excepcionalidade não deixa de se submeter ao princípio da máxima concretização da norma em conformidade com as mudanças na realidade social, principalmente em observância à força normativa constitucional e exige das decisões judiciais maior densidade racional de fundamentação.

Os limites e as possibilidades para as decisões judiciais em momentos excepcionais não afastam a força normativa da Constituição e a plena vigência das regras constitucionais vinculada a aplicação da moldura normativa numa interpretação possível constitucionalmente justificada.

A tarefa da jurisdição constitucional é fundamental a fim de verificar a compatibilidade dos atos normativos e administrativos produzidos pela legitimação democrática representativa com os parâmetros do sistema normativo vigente e a transitoriedade necessária ao enfrentamento da crise.

Ao estabelecer limites e possibilidades para as decisões judiciais em momentos excepcionais se preserva o sistema normativo e, ao mesmo tempo, garante respostas coerentes às necessidades momentâneas vivenciadas capazes de justificar democraticamente a jurisprudência de crise.

É possível construir as dimensões legítimas de decisões judiciais em tempos excepcionais, tendo como premissas a força normativa da Constituição, a justificação racional democrática, os procedimentos formais e materiais previstos no ordenamento constitucional, as cláusulas pétreas, proibição do retrocesso, quórum qualificado de deliberação, a partir de quão excepcional é o momento e o quanto tempo produzirá efeitos.

O objetivo do presente trabalho é analisar os limites e as possibilidades de atuação do judiciário na interpretação constitucional em momentos excepcionais não disciplinados pela normatividade expressa. Ao estabelecer limites e possibilida-

des para as decisões judiciais em momentos excepcionais garante a preservação do sistema normativo e, ao mesmo tempo, garante respostas coerentes às necessidades momentâneas vivenciadas capazes de justificar democraticamente a jurisprudência de crise.

A partir do método dialético busca-se construir uma interpretação justificada racionalmente capaz de legitimar uma decisão judicial em tempos de excepcionalidade, com limites no próprio conteúdo textual, nos parâmetros formais e materiais predefinidos pelo ordenamento constitucional, na fundamentação das decisões, bem como na coerência e integridade das decisões do Supremo Tribunal Federal com quórum qualificado de deliberação colegiada.

2 ESTADO DE CALAMIDADE E MEDIDAS EXCEPCIONAIS – LEGISLAÇÃO DE CRISE E LIMITES

Desde o reconhecimento do estado de calamidade pública com o Decreto Legislativo 06/2020 e da Lei 13.979/2020 que estabeleceu medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, os entes federativos passaram a legislar sobre a matéria.

Diversas foram as limitações impostas, desde a liberdade de circulação e locomoção interestadual e intermunicipal, requisição de bens e serviços até o isolamento e a quarentena a fim de reduzir o risco de contaminação, conforme Pedra (2020, p. 18-19):

“Embora o Estado brasileiro não tenha se utilizado até então de medidas como o estado de emergência em Portugal (Decreto presidencial nº 14-A, de 18/03/2020) ou o estado de alarme na Espanha (Decreto real nº 463, de 14/03/2020), merece ser levado em consideração que as restrições adotadas no Brasil para reduzir o risco de contágio geram uma situação de anormalidade social e política”.

A ausência de previsão de dispositivos expressos na Constituição Federal Republicana de 1988 para enfrentamento de crises pandêmicas graves exigiu tarefa hercúlea dos órgãos legislativos em tempos de enfrentamento de calamidade.

Tratava-se de tripla necessidade: a) produção legislativa no sentido de garantir medidas efetivas capazes de reduzir os impactos produzidos na vida das pessoas; b) atuação concentrada nos estritos limites circunstanciais vivenciados e, c) observância aos limites previstos pelo sistema normativo vigente, conforme Pedra (2020, p. 28):

Dessa forma, e sem esquecer que a própria situação excepcional em si pode exigir a adoção de alterações no texto constitucional – inclusi-

ve se fosse o caso de uma limitação circunstancial explícita –, como no caso de adiamento do processo eleitoral, mormente em se tratando de uma Constituição analítica como a brasileira, conclui-se que o órgão reformador deve se restringir à elaboração de normas constitucionais transitórias necessárias para atravessar o período de anormalidade. A atuação do órgão reformador deve ser a mais comedida possível, especialmente quanto a deliberar sobre normas materialmente constitucionais. Não se deve jamais agir com oportunismo e pautar propostas de emendas constitucionais que não teriam chances de serem aprovadas em tempos de normalidade por não representarem a vontade do povo.

Para controlar os atos legislativos a jurisdição constitucional desempenha papel fundamental a fim de verificar a compatibilidade dos atos produzidos pela legitimação democrática representativa com os parâmetros do sistema normativo vigente e a transitoriedade necessária ao enfrentamento da crise.

A jurisprudência construída em período de pandemia merece atenção especial, tendo em vista o impacto das decisões construídas em tempos de anormalidade e sua aplicabilidade em situações futuras de normalidade democrática, de acordo com a vinculatividade dos precedentes, a coesão e integridade das decisões. Em ambas situações, o processo democrático pressupõe, minimamente, um “(...) conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*.” (Bobbio, 1986. p. 18), bem como a “democracia definida como um sistema de governo de maioria limitado pelos direitos da minoria” (Sartori, 1994 p. 44-45).

Embora o legislativo tenha maior liberdade de atuação que o judiciário na qualidade de intérprete autêntico do ordenamento, ambos são vinculados formal e materialmente para a criação do Direito, de acordo com Kelsen (1998, p. 393):

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente, por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.

A produção normativa está limitada pelas circunstâncias previstas pelo ordenamento jurídico, sobretudo em tempos de anormalidade, sob pena de invalidade daquele dispositivo. Assim, os atos legislativos poderão ser objeto de análise a partir

dos limites e possibilidades das decisões judiciais sob a perspectiva da interpretação constitucional justificada, da proteção dos direitos fundamentais, do respeito aos direitos das minorias capazes de legitimar democraticamente as decisões conforme a compreensão democrática, segundo Habermas (1997, p. 326):

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Os limites e as possibilidades para as decisões judiciais em momentos excepcionais não podem desconsiderar a força normativa da Constituição e a plena vigência das regras constitucionais na condição de possibilidade de aplicação da moldura normativa numa interpretação possível constitucionalmente justificada.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS EXCEPCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal é órgão do poder judiciário (art. 92, I da CF/88), cujas decisões devem ser fundamentadas (art. 93, IX da CF/88) com atribuição de guarda da Constituição (art. 102 da CF/88) para processar e julgar originariamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. As decisões definitivas de mérito produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do judiciário e da administração pública direta e indireta.

Já os juízes e tribunais podem manifestar sobre a compatibilidade das leis ou ato normativo em face da Constituição Federal de 1988, mediante controle difuso de constitucionalidade.

Pelo sistema difuso e concentrado há o controle de constitucionalidade no Brasil, tendo como pressuposto a análise da compatibilidade entre as leis e atos normativos com o texto constitucional. Cabe à jurisdição constitucional a interpretação e aplicação da Constituição na condição de intérpretes autênticos. Os demais poderes, a sociedade, também possuem função fundamental interpretativa.

No âmbito da legitimidade, a jurisdição constitucional está vinculada aos limites previstos no ordenamento jurídico. Somente sob a justificativa democrática é possível conferir legitimidade às decisões na expressividade da Constituição, conforme Tavares (2005, p. 501): “o Tribunal seria legítimo porque assim o desejou a vontade majoritária explicitada na Constituição (primeiro argumento), (...) contra as vontades inferiores que lhe contrariem (segundo argumento)”.

No entanto, não basta a previsão no texto constitucional para garantir a legitimidade do Tribunal Constitucional. O fundamento de validade é encontrado a partir de cada decisão prolatada enquanto sujeição contínua ao sistema normativo, conforme destaca Tavares (2005, p. 560):

Uma efetiva função democrática, na atualidade, do Tribunal Constitucional não ultrapassa a proteção das minorias, dos direitos fundamentais (incluindo o pluralismo) e ampla participação processual em funções que desenvolve (como a de governo), o que lhe permite propiciar uma experiência democrática (ainda que insuficiente e reduzida em seu âmbito).

No texto constitucional há regras e princípios que devem ser observados sob pena de desvirtuamento do sistema jurídico. As decisões da jurisdição constitucional devem se basear nos parâmetros do ordenamento constitucional válido, sem se subordinar às escolhas democráticas legislativas momentâneas de ocasião quando restringem o núcleo intangível ou leva a retrocessos nos direitos e garantias fundamentais.

Decisões de natureza consequencialista ou pragmática não encontram amparo no texto constitucional, mesmo sob o parâmetro do âmbito normativo condizente com a realidade anormal momentânea.

A jurisdição constitucional é instrumento de defesa da democracia e de efetivação dos princípios e direitos constitucionais face à vontade majorias de ocasião. Ao mesmo tempo, o Tribunal Constitucional poderá restringir o processo democrático quando, por exemplo, retira do ordenamento instrumentos normativos elaborados representantes do povo que contrariam o ordenamento vigente. Mesmo no exercício da função limitadora o Tribunal se justifica quando atua de maneira racional justificadamente, conforme Habermas (1997, p. 328): “o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais”.

Mesmo no ápice da pirâmide normativa judiciária, o Tribunal Constitucional não possui poderes plenos. Nas palavras do Ministro Eros Grau (ADI 2797, p. 299), o Supremo Tribunal Federal: “(...) chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição, é porém, incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu”.

A legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise está amparada pelos limites previstos no próprio ordenamento normativo vigente. Os fatores reais de poder não se sobressaem sobre o poder normativo da Constituição, mesmo em tempos de anormalidade. A força normativa da Constituição confere poder ativo na vontade de constituição segundo a disposição de se orientar a conduta de acordo com os pressupostos previstos na constituição.

No entanto, a força normativa constitucional não desconsidera a realidade prática. A pretensão de eficácia da norma constitucional é interdependente das condições históricas, naturais, técnicas, econômicas, sociais.

Há um condicionamento mútuo entre realidade e normatividade, mas não são dependentes uma da outra, afinal, segundo Hesse (1991, p. 15): “a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado”.

Constituição e realidade não se submetem uma em relação à outra. Não logra êxito uma ordem normativa contrária às leis da realidade cultural, econômica, social. A Constituição não impõe modificação à realidade, pois, de acordo com Hesse (1991, p. 18) no tecido social “inexiste força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção”.

Ou seja, a construção da norma jurídica é resultado da análise do texto normativo e da interpretação linguística sistemática, gramatical, histórica, bem como a partir das interferências provocadas na norma pela realidade sem se tornar o único elemento constitutivo da norma. Segundo Pedra (2017, p. 75):

No Estado Democrático de Direito, não pode existir a força normativa do fático, mas somente fatos relevantes para o programa normativo e conformes ao programa normativo podem codeterminar o conteúdo da norma. Deve-se ressaltar, então, que o âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. O âmbito normativo é o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo e não engloba a totalidade dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte da realidade, porque como parte integrante da norma estruturante, o âmbito normativo só aparece quando o programa normativo assinala, no processo de interpretação prática e na aplicação das normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando o caso particular.

Portanto, não é possível subverter o sentido do texto normativo para se atingir determinada interpretação com o objetivo de atender a vontade do intérprete na concretização da norma, mesmo em tempos de anormalidade.

A adaptação da constituição com a realidade é uma necessidade na sua pretensão de eficácia, no entanto, essa aproximação deve preservar os princípios fundamentais da ordem jurídico-normativa e a máxima concretização da norma, conforme Hesse (1991, p. 23):

(...) uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos)

de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

A Constituição e a realidade social caminham juntas, mas a força normativa ordena e conforma a realidade. Essa realidade se altera ao longo do tempo, seja em tempos de normalidade ou de exceção a força normativa constitucional permanece viva, ativa, segundo Hesse (1991, p. 25):

(...) Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites.

A constituição se insere no contexto histórico de seu tempo com pressupostos realizáveis. Somente quando tais pressupostos não se realizarem é que os fatores reais de poder dominarão a constituição jurídica. É justamente nos períodos de necessidade, de exceção, é que se constata a força viva da constituição e a normatividade existente que precisa ser preservada.

São processos manifestamente inconstitucionais aqueles que contrariam expressamente regra contida no texto normativo. Ora, o texto é o ponto de partida do intérprete. Subverter o texto normativo é processo anômalo que não encontra amparo no ordenamento constitucional, mesmo em tempos de crise. Segundo Pedra (2017, p. 306):

Não é admissível a imposição da realidade constitucional contra constitutionem. A mudança de significado de um preceito só pode ocorrer no marco do sentido e da finalidade da norma. No processo de concretização, não há a possibilidade de se interpretar arbitrariamente. O desrespeito aos parâmetros normativos estruturantes que se impõem às mutações constitucionais significa o abandono de uma interpretação segura e isto é vedado ao aplicador da norma.

Em tempos de pandemia se revela flagrante o desafio para a jurisdição constitucional. A ausência de normas expressas para regular a matéria transforma evidente

a transferência de casos concretos para decisões judiciais. Ou seja, na ausência do legislador, chama-se o judiciário.

Diante da anomia, o papel da jurisdição constitucional torna-se preponderante para decidir as matérias urgentes desafiadas pela realidade que clama pela resposta em meio a excepcionalidade. Em virtude da necessidade real e concreta, a jurisdição constitucional passa a tomar decisões em meio a situações que não encontram previsão expressa no texto constitucional.

O desafio é encontrar a solução do caso concreto mesmo diante da inexistência de previsão expressa específica. Ocorre que, o ordenamento jurídico é aberto e construído permanentemente pelos intérpretes da Constituição. Ao se deparar com os desafios de exceção, cria-se norma jurídica a partir do ordenamento vigente, pois a construção da norma é feita a partir da realidade existente e das necessidades vividas.

Embora não haja previsão específica sobre tempos de crise, principalmente pandemia mundial, a jurisdição constitucional possui elementos suficientes para definir a norma de decisão. Aliás, a norma de decisão é construída em qualquer cenário, qualquer momento histórico, pois parte do pressuposto do texto (programa normativo) sem desconsiderar a realidade vivida (âmbito normativo) e os limites existentes. Conforme destaca Pedra (2017, p. 308):

Apesar de as circunstâncias fáticas do âmbito normativo integrarem a concepção de norma, isto não significa afirmar que a Constituição deva sucumbir às forças das circunstâncias da realidade. A Constituição, que se encontra no vértice do sistema jurídico a que confere validade, deve ser tanto normativa quanto dinâmica. Enquanto a força normativa da Constituição é responsável pela conformação da vida em sociedade, o caso concreto conferirá dinamicidade às normas constitucionais. Os processos informais de alteração da Constituição não podem gerar deformações ou subversões traumatizantes na ordem estabelecida. As mutações constitucionais somente serão consideradas legítimas se não exorbitarem os limites decorrentes da supremacia e da força normativa da Constituição.

As normas constitucionais, portanto, continuam plenamente vigentes diante da força normativa da Constituição na condição de organismo vivo e fundamento de validade do sistema que comporta os limites necessários a serem observados nas decisões dos órgãos aplicadores do Direito.

A Constituição é um organismo vivo, capaz de se conformar com as mudanças cambiantes da realidade social. As mudanças no texto normativo da Constituição podem se dar no aspecto informal (mutação) ou formal (revisão/reforma). São meios legítimos de alteração constitucional em conformidade com os limites inscritos no próprio conteúdo e forma previstos no ordenamento a que se coloca modificável.

Ou seja, as mudanças na Constituição não podem se mostrar fora os parâmetros e limites previamente estabelecidos sob pena de supressão das regras ou sob pena de se colocar dispositivos constitucionais fora de vigência durante determinado espaço temporal em clara interpretação destituída de programa normativo a fim de se pretender atingir âmbito normativo desejado.

As decisões judiciais caminham no mesmo sentido da necessária estabilização. O sistema de precedentes vinculantes é matéria regulada pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) como determinação legislativa para a manutenção de jurisprudência estável, coerente e íntegra (artigos 926 e 927 CPC/2015).

Em observância a proteção da segurança e a uniformização, cabe aos tribunais a manutenção da coerência, tendo em vista que decisões anteriores do próprio Tribunal serão balizadoras de decisões posteriores, face a força normativa dos precedentes com vinculatividade, salvo na hipótese de existência de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do entendimento no caso em julgamento.

Em tempos de excepcionalidade as decisões judiciais requerem maior densidade racional de fundamentação. Os parâmetros da decisão exigem coerência e integridade, principalmente sobre o alcance daquele provimento. Afinal, o sistema de precedentes vinculantes poderá determinar o alcance futuro de decisões tomadas em determinado período histórico.

Por isso, os limites da decisão excepcional estão restritos ao período máximo essencial de enfrentamento a situações anormais. Na própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), já prevê situações excepcionais (artigos 136 e 137) com duração máxima prevista para estado de defesa e estado de sítio.

Assim, a duração dos efeitos de uma decisão excepcional deve ser limitada ao período da excepcionalidade, sob pena de configurar afronta ao princípio da proteção da segurança jurídica e ultratividade de efeitos dissonantes da realidade vivida.

Embora se admita interpretação constitucional excepcional em períodos de crise, a decisão necessita de fundamentação nos parâmetros previstos pelo ordenamento constitucional sob pena de, segundo Pedra (2017, p. 299): “falso-seamento da Constituição como o fenômeno em virtude do qual se outorga a certas normas constitucionais uma interpretação e um sentido distintos dos que realmente tem”.

Para não se criar anomalia no sistema normativo, as decisões de jurisdição constitucional em tempos de anormalidade devem se concentrar nos estritos limites circunstanciais vivenciado.

4 A MOLDURA DA INTERPRETAÇÃO POSSIVELMENTE JUSTIFICADA DEMOCRATICAMENTE CAPAZ DE LEGITIMAR DECISÕES JUDICIAIS EM TEMPOS DE EXCEPCIONALIDADE

As decisões judiciais possuem limites vigentes no sistema normativo. Tais limites se encontram no texto do ordenamento jurídico como a necessidade de fundamentação do conteúdo decisório, os limites implícitos, expressos e formas/procedimentos.

No entanto, o respeito aos procedimentos não é suficiente para a garantia para a concretização de uma concepção substancial de democracia no âmbito judicial. De acordo com Pedra (2017, p. 188-189):

Uma concepção meramente forma de democracia é insuficiente para identificar todas as condições na presença das quais um regime político pode ser considerado democrático. Segundo Luigi Ferrajoli, isso ocorre em razão de duas aporias. A primeira aporia é concebida a partir da percepção de que o respeito a formas e procedimentos democráticos não é suficiente para legitimar qualquer decisão. Não é verdade que o poder do povo, ou seja, da maioria, seja a única fonte de legitimação das decisões e que, por isso, seja ilimitado. Ao contrário, este poder é juridicamente limitado, não só em relação às formas, mas também aos conteúdos do seu exercício. A segunda aporia refere-se às garantias de sobrevivência da própria democracia. Se não houver limites para os conteúdos das decisões, haverá a possibilidade de que os métodos democráticos suprimam os próprios métodos democráticos, fazendo com que a democracia não sobreviva. Os direitos fundamentais, e as normas constitucionais que os definem, não podem ser reduzidos ou suprimidos pela maioria. Os direitos fundamentais são direitos de todos e de cada um e, assim, a maioria não pode dispor sobre aquilo que não lhe pertence. A Constituição é um patrimônio de todos, razão pela qual nenhuma maioria pode romper ilegitimamente com o pacto de convivência.

Em tempos de pandemia mundial o desafio aumenta, pois não há previsão expressa no texto constitucional de meios de enfrentamento de períodos de crise. Há instrumentos (estado de defesa e estado de sítio) regulamentados para períodos específicos que não se coadunam com uma pandemia mundial do coronavírus.

No entanto, diante da natureza aberta e plural da Constituição e organismo vivo capaz de se adaptar à realidade vivente, é preciso estabelecer mecanismos de controle decisório a partir dos elementos do texto constitucional existente.

As limitações existem mesmo diante da ausência de normas expressas. As decisões judiciais somente poderão ser tomadas nos limites impostos pela normatividade constitucional enquanto sistema coerente, sob pena de traduzir em negatividade do ordenamento jurídico para justificar período de crise.

Assim, limites como a supremacia das normas constitucionais e a força normativa da constituição são essenciais no Estado Democrático de Direito a fim de garantir que a realidade social não colonize a normatividade.

Ora, o mundo fático não pode superar o mundo normativo. No entanto, a facticidade e a normatividade caminham juntas como elementos concretizadores para a construção da norma nos limites previstos pelo ordenamento jurídico vigente.

Para se construir uma interpretação justificada racionalmente capaz de legitimar uma decisão judicial em tempos de excepcionalidade, caberá ao intérprete não alterar o sentido do texto, a regra constitucional posta, afinal o texto normativo é, segundo Pedra (2017, p. 198) “o ponto de partida da atividade interpretativa e também balizará os seus contornos”. Será a partir da letra do texto a primeira moldura interpretativa.

A interpretação do texto encontra limites no próprio conteúdo textual. Ultrapassar os limites da letra do texto significa alterar os limites possíveis de interpretação, pois haverá modificação do conteúdo da norma, limite insuperável pelo intérprete.

A segunda moldura interpretativa de atuação da jurisdição constitucional somente possuirá legitimidade se obedecer determinados parâmetros predefinidos pelo ordenamento constitucional, seja nos aspectos formais e materiais.

Importante parâmetro de controle é o mecanismo de fundamentação das decisões (art. 93 CF/88) considerada como terceira moldura interpretativa. As razões de decidir contribuem para a limitação e controle dos argumentos enquanto justificativas válidas/possíveis para construção de norma de forma racional.

O CPC/2015 (BRASIL, 2015), caminhou no sentido do controle de decisões a partir de elementos essenciais mínimos capazes de sustentar a validade dos provimentos judiciais. Além dos elementos essenciais da sentença (relatório, fundamentos e dispositivo), somente se considera fundamentada (art. 489, §1º CPC/2015) caso a decisão: a) explique o motivo concreto ao empregar conceitos jurídicos indeterminados incidentes no caso; b) enfrente todos os argumentos deduzidos no processo; c) demonstre que o julgamento se ajusta ou não aos fundamentos de precedente ou enunciado de súmula.

A obrigatoriedade da fundamentação das decisões representa importante controle racionalmente válido. Por isso, segundo Pedra (2017, p. 278) é fundamental estabelecer “critérios racionais para serem aplicados no processo de concretização das normas constitucionais, para que seja possível conciliar as margens semânticas criadas para a abertura da Constituição com a segurança jurídica”.

Um dos desafios do Direito é encontrar soluções racionalmente justificáveis, principalmente em tempos de pandemia, já que não há previsões específicas para regular o mundo da vida na excepcionalidade. Mesmo que a previsão fosse expressa, a concretização do direito se dá a partir da construção da norma jurídica interpretada a partir do caso concreto enquanto decisão adequada previamente estabelecida pelo ordenamento constitucional, trata-se de quarta moldura interpretativa.

As cláusulas pétreas também constituem limitações a interpretação da jurisdição constitucional, sobretudo em tempos de anormalidade para caracterizar a quinta moldura interpretativa, pois segundo Pedra (2017, p. 219):

As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Tais limitações ganham maior densidade em tempos de crise na condição de fatores de contenção de direitos e garantias fundamentais.

O texto constitucional continua vigente mesmo em períodos de crises. Por isso, nas palavras de Pedra (2017, p. 231) “o legislador não pode simplesmente eliminar as normas legais concretizadoras de direitos fundamentais sociais”, sob pena de retirar de vigência norma constitucional que veda o retrocesso e garante a confiança no sistema normativo. E continua Pedra (2017, p. 237) “uma medida de cunho retrocessivo, para que não viole o princípio da proibição do retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais”. É a sexta moldura interpretativa.

Trata-se de garantir a integridade do sistema jurídico que passa pelo respeito das garantias mínimas capazes de possibilitar a preservação dos direitos sociais. A integridade e a coerência são essenciais a manutenção das estruturas vigentes. Cabe ao intérprete autêntico da Constituição o papel de manter a integridade do sistema. A estabilidade do sistema não pode ser desestabilizada no processo interpretativo de construção da norma de decisão, mesmo em tempos de crise.

A coerência das decisões demanda, ainda, justificativas racionais capazes de fundamentação dos membros do Tribunal Constitucional, principalmente, quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

Nesses casos, principalmente, as maiorias apertadas podem ser superadas pela exigência de um quórum qualificado de maioria absoluta para decisões que envolvam direitos e garantias fundamentais por parte do Tribunal Constitucional. Muitas vezes, as decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, são tomadas por 6 x 5 em matérias definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Tais deliberações com maioria absoluta contribui para reduzir o déficit democrático das decisões do Tribunal, bem como garantir amplitude qualificada no argumento acerca daquela matéria e proteção da segurança diante da natureza da matéria.

No ordenamento jurídico brasileiro consta expressamente a previsão de quórum qualificado para deliberações em matérias de controle de constitucionalidade quando se tratar de restrição de eficácia.

A lei 9.868/99 trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. No art. 27, há previsão de o STF restringir os efeitos da declaração ou decidir que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo terá eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e maioria de 2/3 de seus membros.

A exigência de quórum qualificado para deliberação de direitos e garantias fundamentais é medida de que se impõe na sétima moldura interpretativa em tempos de crise.

Também por motivo de coerência e integridade do sistema normativo, necessário se faz a oitava moldura interpretativa para limitar exceções justificadas a direitos e garantias fundamentais estritamente a períodos necessários e circunstanciais de anormalidade enquanto salvaguarda de outros direitos e garantias fundamentais.

As normas de decisão são resultado de interpretação construída pela jurisdição constitucional nos limites previamente estabelecidos pelo programa normativo, sem subverter o sistema e nem interpretar qualquer enunciado isoladamente da sistematicidade interpretativa.

A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional em tempos de anormalidade não se resume no início do exercício do poder quando de sua legitimação originária.

A legitimação se perpetua a cada decisão, ou seja, a legitimação precisa ser legitimada constantemente a partir das razões usadas para decidir de forma racional extraída do debate democrático entre as partes do processo e da coerência do sistema normativo, pois, de acordo com Grau (2005, p. 40) “um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi analisar os limites e as possibilidades para as decisões judiciais em momentos excepcionais, tendo em vista a pandemia mundial do coronavírus.

Ao estabelecer limites e possibilidades para as decisões judiciais em momentos excepcionais, na condição de molduras interpretativas, se preserva o sistema normativo e, ao mesmo tempo, garante respostas coerentes às necessidades momentâneas vivenciadas capazes de justificar democraticamente a jurisprudência de crise.

Diante da característica aberta e cambiante do texto normativo é possível construir as dimensões possíveis da legitimidade democrática das decisões judiciais em

tempos excepcionais, tendo como premissas a força normativa da Constituição e a justificação racional democrática da jurisprudência de crise.

A jurisprudência de crise construída em período de coronavírus exige refletir os limites temporais essenciais ao enfrentamento da anormalidade, sem desconsiderar o texto normativo vivo, com observância dos procedimentos formais e materiais previstos no ordenamento constitucional.

Os precedentes criados em tempos de anormalidade institucional não são, via de regra, vinculativos a tempos de normalidade, afinal são estruturas vividas diversas que, geralmente, clamam por evidente distinção interpretativa.

A fundamentação significa verificar nas razões de decidir se os argumentos utilizados se coadunam com a moldura da norma numa interpretação possível constitucional e racionalmente justificada.

Decisões que levam em consideração somente os efeitos enfraquecem a legitimidade da jurisdição constitucional sob viés estritamente consequencialista e pragmático.

Em tempos de anormalidade a saída está na própria Constituição e sua condição de organismo vivo. Não há salvo conduto e nem quarentena para o texto constitucional. Todos os dispositivos permanecem vigentes com eficácia jurídica e, quando se trata de direitos e garantias fundamentais, são de aplicabilidade imediata.

Muitos desses direitos e garantias fundamentais são dotados, ainda, de intangibilidade reducional de cláusula pétreia, insuscetível de retrocessos.

Segundo a força normativa da Constituição não se admite desprezar o texto, sob pretexto de se criar norma jurídica temporária em tempos de anormalidade supostamente necessária. As regras e os princípios integram o sistema normativo vigente, por isso, não se admite a negativa de validade de quaisquer dispositivos, principalmente quando não se pronuncia a declaração de inconstitucionalidade.

Quando se trata de restrição a direitos e garantias fundamentais os limites se revelam ainda mais agudos mediante controle de compatibilidade constitucional diante de exigência de quórum qualificado, sem submissão a maiorias relativas de ocasião.

Diante da necessidade face a anormalidade poderá se justificar a restrição, a fim de salvaguardar outros direitos e garantias fundamentais com a modulação dos efeitos da decisão e previsão específica de determinado espaço temporal.

Assim, é possível se admitir uma jurisprudência de crise, desde que com limites e possibilidades no sistema normativo vigente a partir de quão excepcional é o momento e quanto tempo produzirá efeitos, sem desconsiderar a fundamentação das decisões (art. 93, IX CF/88), o respeito aos direitos e garantias fundamentais, a proteção das minorias, a proibição do retrocesso e a maioria qualificada para deliberação de matérias dessa natureza, principalmente em tempos de anormalidade, cuja disciplina normativa não se encontra expressamente positivada constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade 6341 MC**. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta da Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Direito à Saúde. Emergência Sanitária Internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Medida Cautelar Parcialmente Deferida. Relator p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, Processo Eletrônico DJe-271. Publicação 13-11-2020).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6/2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.020 de 06 de julho de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda**. Disponível em: <https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2024.

BRASIL. Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020. **Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2024.

BRASIL. Medida Provisória n. 936 de 01 de abril de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda**. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 de jun. 2024.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas**. In. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. Org. Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA COMO GARANTIA DO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA.

LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA OPERACIÓN URBANA CONSORCIADA COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA.

Cinthia Gomes Dias¹

RESUMO

Centrada em teorias democráticas, a participação popular no instrumento de política urbana – a operação urbana consorciada –, pode ser verificada a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade. Reconhecendo-se as características do sistema jurídico constitucional relativo à ordem urbanística brasileira e contextualizando-a na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, da teoria dos princípios constitucionais e da teoria dos direitos fundamentais é possível qualificar o direito à gestão democrática e participativa da cidade como direito fundamental subjetivo dos cidadãos. Por fim, busca-se avaliar os momentos em que é obrigatória a participação popular na operação urbana consorciada.

Palavras-chave: direito fundamental à democracia; participação popular; operação urbana consorciada.

RESUMEN

Centrada en teorías democráticas, la participación popular en el instrumento de política urbana – la operación urbana en consorcio – puede verificarse en la Constitución Federal de 1988 y en el Estatuto de la Ciudad. Reconociendo las características del ordenamiento jurídico constitucional relativo al orden urbano brasileño y contextualizándolo desde la perspectiva del constitucionalismo contemporáneo, la teoría de los principios constitucionales y la teoría de los derechos fundamentales, es posible calificar el derecho a la gestión democrática y participativa de la ciudad como derecho fundamental subjetivo de los ciudadanos. Finalmente, buscamos evaluar los momentos en los que la participación popular en la operación urbanística del consorcio es obligatoria.

1 **Cinthia Gomes Dias**

Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direito Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (2013). Especialista em Direito Constitucional, Tributário, Direito Público e Direito Notarial e Registral. Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna (MG). Procuradora do Município de Curitiba (PR) de 2010 a 2024. Registradora Civil no Estado do Tocantins. E-mail: cinthiagd@yahoo.com.br

Palabras-clave: derecho fundamental a la democracia; participación popular; operación urbana del consorcio

1 INTRODUÇÃO

As diversas formas de organização da sociedade em geral baseiam-se na renúncia de algumas liberdades típicas, sendo que esta renúncia e sua amplitude variam conforme cada modelo de organização social.

Neste quadro de convivência entre o povo e o poder, a participação popular ocupa papel central. E, por conta da importância da participação popular em especial na Administração Pública, que se passa a entender este elemento como direito fundamental do cidadão. Em razão de sua fundamentalidade material, especialmente no que tange à sua indispensabilidade para o controle do exercício do Poder Público, a participação cidadã passa a ser um dos pilares das modernas democracias ocidentais.

É neste contexto, partindo-se da premissa de que a participação popular é um direito fundamental do cidadão e indispensável para a existência do regime democrático, que buscou-se analisar o direito à participação popular no instrumento de política urbana denominado operação urbana consorciada.

Estas questões são importantes e relacionam-se com uma indagação teórica: Como é possível qualificar um modelo ou uma prática de planejamento urbano como democrático e participativo? E como isto se dá em uma realidade específica: a da operação urbana consorciada?

Buscou-se, por fim, trazer uma síntese das constatações feitas no curso do trabalho, além de considerações pessoais que possibilitem um tratamento sistemático da matéria, seja na esfera da pesquisa teórica, seja na esfera prática, tudo com o objetivo de desenvolver o tema e possibilitar que a participação popular na operação urbana consorciada seja constantemente revisitada e desenvolvida.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O panorama de fundo para se pensar a participação popular nas operações urbanas consorciadas demanda a inserção deste instituto em um específico modelo de organização política da contemporaneidade, o Estado Democrático de Direito.

O presente corte metodológico visa deixar vinculada uma evolução global didaticamente mais adequada, em detrimento de uma análise específica, pois o tema de fundo não é o Estado e seus modelos jurídicos, e sim a participação popular no Estado Democrático de Direito. Assim, a análise não é um fim em si mesmo e tem o intuito

de proceder a uma contextualização reputada necessária para a análise dos pontos a serem tratados durante a exposição acerca da participação popular.

Outra explicitação formal a ser feita diz com o fato de que a emergência de um modelo de estado não induz a suplantação absoluta do esquema anterior. No curso da evolução, geralmente não se imperam mudanças radicais, sendo a alteração dos modelos lenta e gradual.

Neste trabalho optou-se por analisar através de uma breve menção, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

No contexto do Estado Liberal, consoante os ensinamentos de Sundfeld (2006, p. 37), verifica-se as seguintes características básicas do Estado Liberal: não intervenção do Estado na economia, o que ocasionava a prevalência do indivíduo sobre o coletivo, afirmando Bonavides (2004, p. 34) que havia o “inteiro alheamento e ausência de iniciativa social”, no mesmo sentido Schier (2002, p.52) “no contexto do Estado Liberal, a Administração Pública define-se como uma estrutura voltada para satisfazer os interesses da burguesia”, além da nítida separação entre a Sociedade e o Estado, havia um definido sistema de separação de poderes, e de submissão ao império da legalidade.

No Estado Liberal, embora não tenha implantado valores democráticos, acaba servindo de pano de fundo para a implantação do Estado democrático, estabelecendo com ele uma relação de interdependência, conforme aponta Bobbio (2009, p. 26):

O estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.

O Estado Liberal passa a se mostrar incapaz se solucionar problemas principalmente da burguesia insatisfeita, que buscava um mínimo de igualdade social e econômica. Este desenvolvimento do modelo liberal do Estado propiciou um avanço da participação do povo no poder. Com efeito, a evolução da concepção de governo republicano também alavancou a noção do caráter fundamental do povo no poder.

Neste contexto o Estado liberal, evolui para Estado de direito, ocorrendo desta forma, uma mudança do pensamento e da configuração do Estado, que teve como

auge a Revolução Francesa. Esta fase é marcada pela evolução de algumas características do modelo anterior: as Constituições escritas reforçam a institucionalização jurídica do poder; a soberania nacional reforça a sua unidade; o povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres a sua imediatividade (Miranda, 2005, p. 45).

Nessa conjuntura foi sendo construído, a partir das críticas ao Estado Liberal, o Estado Social e, no presente trabalho, adotou-se como corte metodológico, os ensinamentos de Novais

Novais (1987, p. 192/193), entende que o Estado Social é um modelo de Estado que se qualifica a partir de um arquétipo fundado na fórmula do Estado de Direito. Tal modelo se caracteriza pela submissão do Estado à Lei e pela tripartição de poderes, como seu elemento estrutural. Caracteriza-se, ainda, pela necessária proteção aos direitos fundamentais, abarcando a:

plena assunção desde novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção econômica – que o Estado se revela como <<Estado social>>.

Estado Social é, portanto, “uma intenção de estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado”, superando, assim, o conceito liberal de separação Estado e sociedade e Estado e economia.

O Estado passa a ser assistencialista, mantendo os direitos individuais já conquistados, porém passa a resguardar os direitos sociais, econômicos, culturais, a cumprir com as prestações positivas aos cidadãos.

Assim, Sundfeld (2006, p. 47) sintetiza afirmando que:

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

E, ainda, Schier (2002, p. 249-250) afirma que no Estado Social, por ser democrático há ampliação dos mecanismos de controle do Poder Público, controle este que passa a impor o cumprimento de critérios matérias de justiça.

Schier ensina (2002, p. 263):

Adotando-se o posicionamento de Jorge Reis NOVAIS, é fundamental notar, todavia, que o Estado Social não se resume a uma

modificação do direcionamento das políticas públicas no aspecto econômico. Assim, não se pode afirmar que tal modelo se esgota através de sua característica intervencionista. Com efeito, para este autor, este tipo de Estado surge com o fim de resgatar a dimensão material do Estado de Direito, através da intervenção do Estado na sociedade, mediante prestações positivas voltadas a assegurar a todos o acesso a um núcleo de direitos fundamentais. Mas, além disso, afirma o autor que o caráter social desta forma de Estado implica na existência de uma atuação da sociedade no âmbito do poder público.

Ao definir pelo Estado Democrático de Direito, o constituinte propôs um modelo de organização política onde se leve em consideração a liberdade, a igualdade, o pluralismo político e a justiça social.

O modelo adotado na Constituição de 1988, na perspectiva do Estado Social, classifica-se como um conjunto de direitos que impõe ao poder público a tarefa de assegurar a todos uma vida com dignidade. Esse modelo elege, na esteira do pensamento de Novais (1987, p. 191) e de tantos outros, o princípio democrático como instrumento de efetivação de seus desideratos.

Nesta dimensão, o princípio democrático aponta para uma democracia representativa, pluralista, que garante a participação popular no exercício do poder, pelo direito de votar e ser votado.

Como se percebe, a atual organização da República Federativa do Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito reúne alguns fundamentos presentes nos dois regimes de governo, seja no liberal, quando adota a supremacia da Constituição, limitando e regulando o poder Estatal, e assegura o respeito aos direitos individuais dos cidadãos; seja no Social, na medida em que garante princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, exigindo-lhe uma postura positiva e dirigente e quando busca garantir, efetivamente, a participação popular nas decisões políticas, repudiando qualquer forma de governo autoritário.

Segundo Maliska (2013, p. 67), o conceito de democracia presente na Carta Magna aponta para um novo momento:

Trata-se de compreender a democracia não mais apenas segundo o princípio da maioria, mas por meio da conformidade institucional.” Citando Rosanvallon, diz que se vive uma nova era de legitimação democrática, pois a ideia de sistema democrático assentado a dupla legitimação, ou seja, sobre eleições gerais e serviço público, uma ideia que fortaleceu no século XX com o chamado Estado social, hoje dá lugar a outros conceitos como: imparcialidade, reflexividade, pluralidade, solidariedade, proximidade ao cidadão.

Embora existam entendimentos de que a Constituição Federal de 1988 possua uma democracia predominantemente representativa, há vários institutos que permitem a participação direta do cidadão na formação da vontade normativa do Estado, como será demonstrado nos próximos itens.

Desde já, no entanto, é importante frisar que esta participação é cada vez mais exigida na sociedade atual, pois gera a possibilidade de controle do poder pelo cidadão, que se insere cada vez mais na atividade pública e se justifica, conforme afirma Justen Filho (2008, p. 880/881) porque, “nenhum mecanismo jurídico formal pode gerar a democracia ou substituir a participação popular como instrumento de controle do poder” sendo por isso que “Os institutos que prevêm a participação popular na atividade administrativa representam, por si só, a solução mais satisfatória e eficiente para promoção dos direitos fundamentais”.

Importante ressaltar que é com o advento do Estado Social de Direito que surgiram os mecanismos que possibilitaram o desenvolvimento do instituto da democracia participativa.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para análise do direito à participação popular é necessário tecer algumas considerações preliminares sobre o sistema normativo pátrio, em especial quanto aos direitos fundamentais.

No Estado Social e Democrático de Direito, o Estado que está obrigado a promover o acesso igualitário dos particulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais Novais (2012, P. 63). Ainda, busca-se atribuir uma dimensão material aos direitos fundamentais.

Menciona Miranda (2005, p. 45) que segundo a acepção material, os direitos fundamentais são “[...] direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade.”

Para Sarlet (2009, p. 89):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material [...].

Ainda segundo Sarlet (2009, p. 89) é íntima a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. A dignidade passa a ser o sentido próprio do Estado, garantindo o acesso aos direitos, principalmente por parte de grupos de pessoas marginalizadas que não conseguem sequer materializar o status de cidadãos (Rocha, 1999, p. 23/48).

O Estado brasileiro, conduzido por regras e princípios constitucionais deve prever uma Administração Pública não apenas abstencionista, mas uma Administração que deve atuar como interventora e promotora do acesso aos direitos, principalmente os fundamentais.

Na lição de Saule Junior (1999, p. 118):

A constituição de um sistema de gestão democrática da cidade no Município é condição essencial para os objetivos da política urbana serem atingidos, através da aplicação do plano diretor, uma vez que o processo de formulação e execução das políticas públicas, o planejamento municipal e o modelo de gestão das cidade são matérias vinculantes para a execução do plano diretor.

No mesmo sentido Dallari Bucci (2002, p. 323/324):

A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade (tais como o direito de preempção, o direito de construir, as operações urbanas consorciadas etc.) não serão meras ferramentas a serviços de concepções tecnocráticas, mas ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões.

Analisando a realidade fática, a Administração deve se ater a processos administrativos democráticos, levando em consideração os direitos voltados à proteção da pessoa humana, assegurando a participação popular na promoção das Políticas Públicas, não podendo utilizar-se do argumento da discricionariedade, pois a satisfação popular se constitui como dever.

Esclarecendo Di Pietro (1993, p. 78) sobre a participação popular no Estado Democrático afirma:

[...] a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Ad-

ministração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.

Com efeito, a evolução da concepção de governo republicano também alavancou a noção do caráter fundamental do povo no poder.

A participação do povo no poder impulsionou o modelo Social e Democrático de Estado², cuja construção vem inserindo cada vez mais o povo nas questões do Estado. Como afirma Silva (2015, p. 149), o Estado democrático visa “[...] realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais”.

Os sistemas democráticos destinados à participação popular, em especial na gestão pública e previstos constitucionalmente, não excluem as demais formas de participação previstas em legislações infraconstitucionais. Os meios democráticos de participação têm a finalidade de transmitir e transportar para o campo administrativo as demandas da população em especial aquela envolvida, e que via de regra não são atendidas pelo Poder Público.

Apesar de sua importância para a existência de um autêntico regime democrático, o direito à participação popular se ergue como um dos pilares fundamentais de um regime democrático autêntico. Mais do que um mero conceito teórico, ele vem se consolidando como um direito fundamental cada vez mais concreto e efetivo no âmbito da Administração Pública. Isso se verá no próximo capítulo quanto à participação na operação urbana consorciada.

4 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

Sobre a importância da Carta Magna para o urbanismo brasileiro, Fernandes (1998, p. 221) afirma que ela legitimou o caráter político que envolve as decisões sobre as questões urbanas, sendo o Estado:

[...] confirmado como o promotor preferencial do processo de crescimento urbano, também foi reconhecido um novo direito social – o direito ao planejamento urbano.

2 No Estado Liberal a função se reduzia a garantir à liberdade e à propriedade, os serviços públicos até então existentes não davam conta de inúmeras necessidades coletivas vinculadas diretamente ao respeito à dignidade da pessoa humana. Em uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus consectários, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde, etc. Neste sentido Lenio Luiz STRECK e José Luis Bolzan de MORAIS descrevem que o Estado Liberal possuía uma atividade reduzida e previsível, que se configurava na manutenção da ordem, da paz e da segurança e na proteção das liberdades civis e econômica. STRECK, Lenio Luiz, p. 56-57; MORAES, Jose Luis Bolzan. Do direito Social aos Interesses Transindividuais. Florianópolis, mimeo, 1995, p. 62. A própria essência do constitucionalismo, nessa época, segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO, era a segurança da propriedade e de outros direitos liberais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 99.

A Constituição Federal de 1988 no título da Ordem Econômica e Financeira reservou um capítulo para a política urbana, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade (Brasil, 1988).

O artigo 182 da Carta Magna ainda prevê que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes da cidade. E para tanto, cada vez mais se faz necessário que estes habitantes façam parte da cidade, podendo para tanto influir por meio da participação popular nos instrumentos de política urbana.

Defende Silva (2000, p. 18) a discussão sobre um planejamento urbano sustentável, ao afirmar que:

O problema não são os programas de urbanização, mas o fato de se constituírem nas políticas exclusivas ou predominantes em todas as cidades pesquisadas. Todas elas necessitam de oferta massiva de moradias regulares acessíveis em áreas com infra-estrutura e serviços, para faixas não atendidas pelo mercado formal. Não apenas para as demandas de rendas médias não pressionem as favelas urbanizadas, como para evitar que o processo de invasões seja realimentado.

Todos os cidadãos têm o direito e dever de intervir na realidade de seu município, tornando-se atores do planejamento urbano e exigindo dos poderes públicos uma solução técnica e principalmente resultados, transformando desta forma o espaço urbano em que vivem.

Outro importante instrumento do planejamento urbano – O Estatuto da Cidade, que é outro importante instrumento de planejamento urbano, tem como objetivo formular diretrizes gerais de administração do ambiente urbano. Ademais, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal frente aos reclames de ordem pública, interesse social, bem estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental, estabelecendo normas gerais para a política de desenvolvimento urbano (Brasil, 1988).

A gestão democrática no Estatuto da Cidade vem especificada no Capítulo IV, porém, pode-se afirmar que já vem descrita no artigo 2º, que veicula as diretrizes gerais, em especial os incisos, II, III e XIII:

Assim, tem-se, entre as diretrizes gerais, os princípios da gestão democrática³ e, especialmente, o princípio da participação popular, como fundamento jurídico deve ser considerado pelo legislador e observado pelo administrador para ocorrer a gestão democrática.

3 O Estado liberal sofre marcante influência da burguesia que, à época, passa a ter poder político e econômico, o que justifica sua característica inicial de dar ênfase às liberdades jurídicas do indivíduo, como a absolutização da propriedade, a restrição ao direito de reunião e, até mesmo, o afastamento dos princípios democráticos, embora os tenha formalmente proclamados (MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42-43);

Existem inúmeros instrumentos de gestão democrática da cidade, previstos no Estatuto da Cidade e, segundo Prestes (2009, p. 128) a:

existência de órgão colegiados de política urbana em todos os níveis da Federação, por debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, em esfera nacional, estadual e municipal, iniciativa popular de projeto de lei e de planos e programas e projeto de desenvolvimento urbano e pela gestão orçamentária participativa.

Ainda complementa Saule Junior (1999, p. 271):

O princípio da participação popular tem como elemento para identificar o seu cumprimento, o exercício do direito à igualdade, pois não pode haver exclusão de qualquer segmento da sociedade nos processos de tomada de decisões de interesse da coletividade.

Os debates, as audiências e as consultas públicas estão previstas no artigo 43, II, do Estatuto da Cidade, e devem ser promovidas pelo Poder Público, para garantir a gestão democrática da cidade. Nos casos em que a audiência pública é obrigatória, impede que o ato administrativo praticado seja considerado inválido, pois faltaria um dos requisitos de validade do ato administrativo.

Os instrumentos mais utilizados para assegurar o princípio da participação popular, nos termos do Estatuto da Cidade são as audiências e as consultas públicas.

A identificação do direito de participação da população como direito fundamental é capaz de determinar a prevalência de normas urbanas efetivamente democráticas garantindo o direito a uma cidade democrática Leal (2003, p. 124).

No que tange à participação popular na operação urbana consorciada, não é diferente.

Inicialmente previsto no Artigo 4º, inciso V, alínea “p”, do Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada é considerada um instituto jurídico e político. Não se enquadra no inciso que trata do planejamento municipal, mas o seu fundamento contido nos artigos 32, 33 e 34 do Estatuto da Cidade possibilitam ao Município a utilização da Operação Urbana Consorciada como um instrumento de transformações urbanísticas (Lei nº10.257/2001).

No entanto, Gasparini (2002, p. 181) utiliza fundamento Constitucional (Artigo 30, inciso VIII) para atribuir ao Município a competência para instituir a Operação Urbana Consorciada, esclarecendo que compete ao Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Conforme hoje disciplinado pelo Estatuto da Cidade, a definição do instituto da operação urbana consorciada está consagrada no artigo 32, § 1º. O caput do referido artigo ajuda a complementar o conceito, quando diz que a operação urbana deve ser aprovada por lei específica.

Afirma Mukai (2008, p. 25) que “a Operação Urbana Consorciada é um conjunto de intervenções possíveis de serem implantadas em uma região urbana específica, cujo objetivo é solucionar os diversos aspectos da infraestrutura urbana.”

Já Prestes (2009, p. 128) confirmando e ainda informando sobre a participação popular na base conceitual da operação afirma que:

as operações urbanas consorciadas definidas como conjunto de intervenções coordenadas pelo poder público, envolvendo diversos interessados, visando melhorias urbanas e valorização ambiental, exige participação popular no planejamento, gestão, acompanhamento e avaliação desta, sendo expressão do princípio da democracia participativa na gestão urbano-ambiental.

A Operação Urbana Consorciada pode ser considerada, portanto, um conjunto de intervenções que possuem a coordenação do Poder Público Municipal, envolvendo o interesse de particulares, que deverão ser necessariamente ouvidos quando da elaboração do referido plano, destinando-se melhoria social e valorização ambiental em uma área previamente delimitada, dentro da zona urbana.

Constituem participantes obrigatórios da operação urbana consorciada segundo Carvalho Filho (2013, p. 275) dois grupos, sendo primeiro o setor público e o segundo o setor privado. Este último integrado por quatro categorias sociais: 1) proprietários, pois são os maiores beneficiários das operações; 2) moradores, que são aqueles que residem na área delimitada pela operação; 3) usuários permanentes, que mesmo não sendo proprietários ou moradores sempre utilizam a área e 4) investidores privados, pois são eles que irão investir, sendo também agentes em cooperação com a Administração na implantação da operação, sendo que cada uma delas apresenta perfil social próprio. A ausência de apenas um dos participantes pode gerar a nulidade seja do ato seja legislativo quando da elaboração da lei municipal específica, seja de qualquer ato administrativo posterior que exija a participação.

Observa-se no conceito que é obrigatória a participação popular conforme descreve o artigo de Barreto (2003, p. 158):

“o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados”.

Percebe-se, portanto que a participação popular na operação urbana consorciada é uma exigência legal, sendo necessária antes mesmo da elaboração da lei específica, pois é nesta que constará os objetivos da operação urbana, devendo ser garantido o direito fundamental à participação popular, que pode ser feita sob qualquer uma das formas de gestão democrática previstas no Estatuto da Cidade, em especial as audiências públicas.

O plano de elaboração da operação deverá tomar em consideração as perspectivas e intenções manifestadas pela sociedade civil. Portanto, é fundamental a utilização de mecanismos de participação, tais como o debate, a consulta, a audiência pública, mencionadas pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade.

Complementando a necessidade de participação popular Batistela (2011, p. 276) afirma:

Para as operações urbanas consorciadas, entretanto, apesar do objetivo de interesse público a que se destinam, existe previsão expressa do Estatuto da Cidade de participação dos proprietários de imóveis, moradores, usuários permanentes e investidores privados interessados nas áreas atingidas. E esta participação não deve ocorrer apenas na definição dos objetivos e dos seus meios de realização, mas também na execução das intervenções e medidas previstas, ainda que a coordenação seja reservada ao município.

Menciona Olbertz (2011, p. 85), que “em verdade, o plano de operação deve ter sido resultado de um trabalho anterior à edição da respectiva lei, que apenas terá a função de introduzi-lo no mundo jurídico.”

Além da participação, o artigo 32, *Caput*, menciona a necessidade de delimitação da área objeto da operação. Esta delimitação é fundamental para se identificar os envolvidos e o objetivo.

Em se tratando de Operação Urbana Consorciada, é indispensável a utilização da lei municipal específica que tenha permitido a sua aprovação, ainda que esta lei específica seja baseada na lei do plano diretor, estabelecendo inclusive quais áreas podem ser objeto da operação, não podendo ser utilizada uma lei genérica, mas apenas lei específica.

Uma vez elaborada a lei específica e colocado em prática o projeto da Operação Urbana Consorciada, em vários momentos se faz necessária a participação popular para garantir o princípio da democracia. Verifica-se esta participação consoante o disposto no art. 33, VII do Estatuto da Cidade deverá contar com a participação obrigatória da sociedade no controle do que está sendo exercido na Operação.

Novamente vê-se aqui o interesse da população diretamente afetada assim como os mecanismos de participação contribuirão para a melhor decisão e o planejamento adquirirá legitimidade democrática. A participação popular no instrumento de

política urbana tem a finalidade, portanto, não só de garantir direito fundamental assegurado constitucionalmente, como também assegurar o princípio democrático de direito.

Esclarece Alfonsin (2005, p. 307) que o artigo 33, inciso IV, do Estatuto da Cidade, trata das finalidades da Operação, devendo o Poder Público alegar quais são os objetivos a serem concretizados com a realização da Operação Urbana Consorciada, respeitando o Princípio da Publicidade, observância indispensável à Administração Pública.

O Estatuto da Cidade dispõe como finalidade da Operação Urbana Consorciada as transformações urbanas estruturais; melhorias sociais e valorização ambiental. Ademais, em Cabral (2008, p. 20) encontramos a seguinte afirmação:

A legislação urbanística nacional reconhece a operação urbana consorciada como valioso instrumento de planejamento urbano, estando prevista nos arts. 32 e 33 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade. Ademais de constituir um dos mais importantes instrumentos de planejamento municipal, a operação urbana consorciada deve estar aliada ao desenvolvimento sustentável das cidades.

Como já mencionado, as operações urbanas consorciadas são intervenções que proporcionam e reforçam uma reestruturação social e espacial nas cidades. Por outro lado, elas podem se desvirtuar ao atender estritamente às exigências competitivas do mercado imobiliário, que visam, exclusivamente, zelar por seus interesses, na questão da transformação urbanística. Antes de implementar a Operação Urbana Consorciada, os responsáveis devem realizar um estudo que viabilize a elaboração desse plano de operação.

Nesse sentido, afirma Rech (2010, p. 49):

As normas urbanísticas não contemplam os pobres, que normalmente não têm condições de adquirir um terreno regular nas nossas cidades, pois não há espaços planejados para os desiguais, porque as normas urbanísticas, que deveriam se pautar pelo princípio da sustentabilidade socioambiental, são norteadas pelo direito imobiliário, cujo objetivo é o lucro e em consequência disso, as ocupações irregulares têm sido uma das principais causas da degradação ambiental

No artigo 32, §2º, do Estatuto faz menção às medidas possíveis para a implementação da operação, entre elas a modificação de índices de características do parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo; alterações das normas edilícias e a regularização de construções reformas ou ampliações.

Ainda no mesmo artigo 33, § 2º, a partir da aprovação da lei específica, todas as licenças ou autorizações que forem expedidas de forma contrária com o plano da Operação Urbana Consorciada em questão, serão nulas Gasparini (2002, p. 185).

Complementando as colocações anteriores Savelli (2003, p. 24) reforça que:

As Operações Urbanas, na comparação com as condições básicas de zoneamento, apresentam a prerrogativa de permitir mais proveito direto aos empreendedores com a utilização do Adicional de Potencial de Construção e benefícios indiretos aos empreendedores e à população em geral, pela acessibilidade consequente da infraestrutura executada com os recursos provenientes da outorga onerosa.

Os recursos auferidos na operação urbana consorciada, decorrente da contrapartida dos beneficiários da operação, podem dar-se de várias espécies, tais como compensação, pecuniária, pagamento em desapropriações para as áreas atingidas na operação, construção de uma obra de interesse público ou de interesse social, ou executar um serviço de interesse público.

Dispõe o artigo 33, § 1º, do Estatuto da Cidade, que os recursos obtidos pelo Poder Público municipal com a realização da Operação Urbana Consorciada deverão ser utilizados ou aplicados nas áreas delimitadas da operação. Alerta Carvalho Filho (2013, p. 287) que tal atitude tem a intenção de evitar que o Poder Público Municipal arrecade recursos e empregue fora da operação, acarretando desvio de finalidade.

Desta forma, é possível que o Poder Público possa executar importantes obras viária sem utilização de recursos públicos. E, para que esta operação possa atrair o setor privado, “pressupõe a existência de algum interesse⁴ do mercado imobiliário” (FIX, 2001, p. 79).

Como se percebe, em todo o procedimento da Operação Urbana Consorciada se faz presente o processo participativo. Inicialmente, como já se mencionou no processo de elaboração do plano da operação urbana, antes mesmo do projeto de lei específica se encaminhado à Câmara de Vereadores.

No processo de elaboração do EIA e EIV também se faz obrigatória a participação popular, conforme previsto na legislação ambiental⁵.

Após a lei específica, em todos os atos de gestão da operação deverá se fazer presente a participação popular, para a fiscalização do destino quanto à aplicação dos valores recolhidos, além de toda vez que for alterada a lei específica.

4 É evidente que a observação do tecido social e urbano e da dinâmica do mercado imobiliário (sobretudo através do preço das localizações) também será fundamental para que o poder público identifique necessidades e defina providências hábeis a supri-las. Por outro lado, por uma apreciação crítica dos mecanismos previstos para a gestão democrática da cidade, cf. AMARAL, FILHO. Da gestão democrática da cidade. In: MEDAUAR; ALMEIDA. Estatuto da Cidade:..., espec. p. 264 et seq.

5 Conforme a legislação ambiental (Código Florestal, Resoluções do IBAMA) dependendo da natureza e do momento de apresentação do processo, – antes ou depois do termo de referência (EIA/RIMA/RIMA) – pode tratar-se de audiência ou consulta pública.

Assim, mais do que um simples formalismo, a participação consiste em um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território.

A participação popular⁶ do ponto de vista do direito constitucional positivo, e na esteira do pensamento de Sarlet (2009, p. 89), por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), não estão na esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), devendo sempre ser respeitado, não como mero formalismo, mas como um direito fundamental a ser resguardado.

Procura-se, desta forma evitar que as operações urbanas consorciadas sejam somente “liberações de índices construtivos para atender interesses particulares, ou simples operações de valorização imobiliária que impliquem expulsão de atividades e moradores de menor renda” (Saule Junior, 2001, p. 8) da área objeto da operação. A participação é fundamental, é requisito de validade para as leis que regulamentam ou criam instrumentos de política urbana. Tal requisito assegura a efetividade da democracia participativa e da cidadania, assegurando, por conseguinte, uma cidade socialmente sustentável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de melhor compreender a participação popular na operação urbana consorciada do ponto de vista da democracia e da participação popular, verificou-se que ainda existem sérios *déficits* quanto a efetiva aplicação em especial no instrumento de política urbana mencionado, não obstante o Estatuto da Cidade ter estabelecido expressamente a participação popular na operação urbana consorciada.

Resta saber que tipo de democracia e de participação política é capaz de concretizar esta intenção de acesso ao poder, uma vez que os espaços democráticos podem determinar diferenciados tipos de exercícios de democracia.

Na solução participativa, o modelo deliberativo de democracia é um modelo condicionado por uma racionalidade prática procedimental, importante, na mudança de condição política do cidadão. Entretanto, o que se percebe é a dificuldade de programar essa racionalidade prática em condições adversas.

A existência de um direito fundamental dos cidadãos à participação no planejamento dos instrumentos de política urbana é justificado pela dimensão republicana de titularidade do poder popular e da possibilidade de acesso material aos instrumentos de participação.

O princípio fundamental à participação constitui-se em direito subjetivo e que assegura o exercício da democracia mediante a garantia de acesso ao processo de decisão democrático. Ocorre um direito fundamental dos cidadãos de participar da política.

Não é diferente na operação urbana consorciada. A participação popular deve ocorrer ativamente, uma vez que, relaciona-se à representação, e, em muitos casos a questão da legitimidade e aos limites da democracia representativa.

Tal participação impõe à Administração Pública uma mudança radical de postura em relação à sua abertura para o cidadão, na atuação dos agentes públicos e, em segundo lugar, da pouca disposição dos agentes políticos em efetivar a participação.

Apesar de tudo isso, uma vez constatado que a participação cidadã é direito fundamental indispensável para a existência de um regime democrático e, também, como instrumento viabilizador do exercício de outros direitos, a necessidade de efetivá-lo, na prática cotidiana, mostra-se inafastável. Essa efetivação decorre de um processo constante, que engloba a construção de mecanismos legais, através da atuação dos Poderes Legislativos e o desenvolvimento teórico da matéria, proporcionado pelo aprimoramento da doutrina e da jurisprudência.

Concomitantemente a todas estas ações descritas, o engajamento da sociedade civil organizada monitorando constantemente a implantação dos instrumentos de política urbana é indispensável para concretizar a efetiva participação. Apesar de haver tanto a ser feito, cabe ressaltar, a guisa de arremate, a participação vem ganhando importância no cenário nacional.

O momento, portanto, embora não seja de festejar a plena participação, indica que é possível avançar, desde que este tema seja mantido na agenda nacional.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Operações Urbanas Consorciadas como instrumentos de captação de mais valias urbanas**: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA, vol.6, n.2, Canoas/RS, Ed. ULBRA, p. 301-318, 2005.

BARRETO, Wanderlei de Paula. O Estatuto Jurídico da Cidade. Revista Jurídica Cessumar, v.3, n.1 - 2003, p. 143 à 164. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/download>

BATISTELA, Marcos. Operações Urbanas Consorciadas. In: DALARI, Adilson Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord). **Direito urbanístico e ambiental**. 2 ed. ver. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro de democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Gestão Democrática da cidade**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação Urbana consorciada: possibilidade e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 19, p.9-39, ago./set. 2008. Porto Alegre: Magister.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo, 5 ed. ver. ampl e atual. Atlas, 2013.

FERNANDES, Edésio. **Direito do urbanismo**: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. In: _____. **O direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FILHO. Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão – duas histórias da construção de uma “nova cidade” em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada**. São Paulo: Boitempo, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coord). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade: Anotações à lei n. 10.257, de 10-7-2001**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, cap.2.

OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.191, jan/mar 1993.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Direito Urbanístico**: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educ, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: novos horizontes para a reforma urbana. São Paulo, Pólis, 2001, <http://www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf> acesso em 01/05/2016.

SAVELLI, Alfredo Mario. **Subsídios para a implementação de parceria público privada**: operações urbanas em São Paulo. São Paulo, 2003. 114 f. Dissertação de mestrado. POLIUSP.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Helena Menna Barreto. **Programas de urbanização e desenvolvimento do mercado em favelas brasileiras**. Paper preparado para o *Lincoln Institute of Land Policy*, 2000. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/depprojeto/labhab/biblioteca/textos/silva_hmb_favelas.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA NO PROCESSO COLABORATIVO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ALTERIDADE PARA UMA JUSTIÇA EFETIVA

LA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA EN EL PROCESO COLABORATIVO: EL APORTE DE LA TEORÍA DE LA ALTERIDAD A LA JUSTICIA EFECTIVA

Maria Gabryelle Dantas Rocha

RESUMO

Este artigo aborda o dever de cooperação e a alteridade entre os sujeitos do processo na perspectiva democrática no Processo colaborativo. Demonstra-se a importância de reavaliar as relações entre os sujeitos processuais na perspectiva da ética da alteridade, a fim de que o modelo colaborativo contribua ao acesso à ordem jurídica efetiva. Utiliza-se uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, partindo-se da análise de doutrina especializada e de fundamentos teóricos e normativos para formação de conclusões específicas. O método de procedimento presente é o tipológico, eis que se pretende a partir da filosofia aplicada ao direito, encontrar uma nova perspectiva que torne exequível o direito fundamental ao acesso à justiça efetiva. Foi demonstrada a importância da aplicação da ética da alteridade, desenvolvida por Emmanuel Levinas, para o desenvolvimento do dever de cooperação entre os sujeitos processuais, a fim de fortalecer o sistema processual, contribuindo para a concretização do seu caráter democrático. Por meio da análise crítica do sistema processual colaborativo à luz da ética da alteridade, subsidia-se o debate acadêmico em direção a uma justiça compatibilizada com o Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: alteridade; cooperação; ética; democracia; justiça.

RESUMEN

Este artículo aborda la cuestión de la cooperación y la alteridad entre los sujetos del proceso desde una perspectiva democrática en el proceso colaborativo. Demuestra la importancia de reevaluar las relaciones entre los sujetos PROCESALES desde la perspectiva de la ética de la alteridad, para que el modelo colaborativo contribuya al acceso a un sistema jurídico EFECTIVO. Se utiliza un enfoque metodológico hipotético-deductivo, partiendo de un análisis de DOCTRINA ESPECIALIZADA y fundamentos teóricos y normativos para FORMACIÓN DE conclusiones específicas. El presente método PROCEDIMENTAL es tipológico, y pretende, DESDE la filosofía aplicada al derecho, encontrar una nueva perspectiva que haga factible el derecho fundamental al acceso a la justicia efectiva. Se ha demostrado la importancia de

aplicar la ética de la alteridad, desarrollada por Emmanuel Levinas, para el desarrollo de la cooperación entre los sujetos PROCESALES, con el fin de fortalecer el sistema PROCESAL, contribuyendo a la CONCRETIZACIÓN de su carácter democrático. A través de un análisis crítico del sistema procesal colaborativo a la luz de la ética de la alteridad, se sustenta el debate académico en la dirección de una justicia compatible con el Estado Constitucional de Derecho.

Palabras-clave: alteridade; cooperación; ética; democracia; justicia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O acesso à tutela jurisdicional efetiva é um dos princípios fundamentais do sistema jurídico contemporâneo e um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira. Para tanto, no âmbito do Sistema Processual Civil, necessária a adoção de soluções que promovam uma transformação da própria atividade jurisdicional, a fim de que haja a concretização do modelo colaborativo, positivado no art. 6º do Código de Processo Civil, e, por conseguinte, de um sistema jurídico democrático, humano e equitativo. Inevitavelmente uma mudança voltada ao direito responsivo perpassa por “uma releitura de todo modelo processual passado”, uma vez que invoca questões interdisciplinares, inclusive no campo da filosofia (JOBIM, 2018, p. 70).

A tão sonhada comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), que percorrer a doutrina que estuda o modelo colaborativo no Brasil, requer uma transcendência do positivismo kantiniano para um olhar mais responsivo entre as partes e o juiz, de modo que a construção do diálogo seja calcada pela ética da alteridade trabalhada por Emmanuel Levinas.

Deste modo, a pesquisa apresenta o seguinte problema: qual a contribuição da ética da alteridade, desenvolvida nos trabalhos do filósofo Emmanuel Levinas, à concretização do modelo colaborativo no sistema processual democrático, visando uma justiça efetiva?

Para responder a essa questão, foi utilizada uma abordagem metodológica dedutiva, com base na análise de fundamentos teóricos e normativos e doutrina especializada, abordando a concepção do dever de cooperação entre os sujeitos processuais e da teoria da alteridade proposta por Emmanuel Levinas para afirmar que a implementação do modelo colaborativo, defendida por autores como Mitidiero (2023), Didier (2023) e Nunes (2016) como uma espécie de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), invoca uma postura responsiva entre as partes e o juiz na construção de um processo constitucional democrático, o que perpassa pela reflexão de suas condutas. O método de procedimento presente é o tipológico, eis que se pretende a partir da filosofia aplicada ao direito, encontrar uma nova perspectiva que torne exequível o direito fundamental ao acesso à justiça efetiva.

Por fim, o estudo ressalta que, ainda que eventuais percalços existentes do contexto processual brasileiro, a concretização do modelo colaborativo é possível e primordial para o combate de problemas criados justamente pela sua não concretização.

2 A RELAÇÃO INTERSUBJETIVA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA FORMAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A formação do Direito (aspecto normativo como ciência) perpassa pela vinculação entre o aspecto fático (histórico e social) e o aspecto axiológico (valor de Justiça). É na dinâmica entre um fato e um valor (os quais se mantêm distintos e irreduzíveis, mas, ao mesmo tempo, se exigem no processo dialético), que a norma surge. Nesse diapasão, Miguel Reale abordou na Teoria Tridimensional do Direito (dimensão fática, dimensão axiológica e dimensão normativa) a “dialética de complementariedade”, atribuindo à experiência jurídica o fato e o valor, de modo a dar “origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito” (REALE, 2001, p. 62 e 63).

Reale dispõe que o Direito, sob o caráter ético, “é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 2001, p.63). Destarte, sendo os indivíduos componentes de uma sociedade fonte de todos os valores, a relação intersubjetiva processual invoca que o olhar não se restrinja cegamente à aplicação de normas textuais, mas que perceba e considere os sujeitos que a integra.

Nesse sentido, a instauração do Estado de Direito Democrático, embora tenha mantido na Constituição de 1988 o princípio da vinculação positiva à lei (princípio da legalidade, norteado pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal), no sentido formal, também ampliou para atender os valores consagrados pela Constituição, sob a forma de princípios fundamentais (DI PIETRO, 2017).

Deste modo, não basta que o Estado disponha de normas que garantam o bem-estar social e a proteção de direitos fundamentais, determinando inclusive que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 1º do CPC). É preciso o efetivo acesso.

Um Processo Civil de Estado Constitucional, voltado à promoção ao acesso à justiça, invoca invariavelmente uma atuação mais cooperativa de todos os sujeitos processuais (PINHO, et. al., 2015). A participação democrática (um direito fundamental de quarta dimensão) também ocorre no sistema processual, o qual deve conferir espaço para que as partes contribuam para a formação da norma jurídica a ser con-

struída por meio de uma decisão de mérito (MITIDIERO, 2023), promovendo para que o acesso à justiça ocorra de forma efetiva.

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 já se clamava por mudanças no sistema processual brasileiro, a fim de que tivesse um “potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL¹, 2015).

Após um trabalho árduo da comissão de juristas, instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2019, previu-se a necessidade de incorporação de um modelo processual colaborativo. Assim, regulamentado no art. 6º do atual Código de Processo Civil, o legislador impôs aos sujeitos processuais o dever de cooperar. Tal norma jurídica aplicada vai ao encontro do direito fundamental ao processo justo (ou devido processo constitucional) “como instrumento de realização da garantia de acesso à justiça, segundo os direitos fundamentais aplicáveis à tutela jurisdicional prestada pelo moderno Estado Democrático de Direito.” (THEODORO JÚNIOR, 2023, p. 96).

Entretanto, não basta garantir pelo judiciário o direito fundamental de ação. É a adoção de “uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF)” (MARINONI, et. al., 2023, p. RB-18.2). Para tanto, é dever do Estado, também representado pela figura do juiz no processo, promover a ordem ética necessária, exigindo de todos os sujeitos processuais condutas que fomentem o modelo colaborativo previsto no ordenamento jurídico.

Passados mais de sete anos desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, esse modelo cooperativo tão almejado entre os sujeitos processuais sujeita-se a entreves na sua implementação, refletindo no aumento de demandas judiciais (CNJ, 2023), o que revela que o sistema judicial no processo civil ainda carrega a herança de um processo burocrático, moroso e, por vezes, ineficaz. Enquanto não ocorrer uma conscientização sobre a importância de revisão das condutas dos sujeitos processuais, não por uma ética racional, mas mais humanizada e responsável, o Direito Processual Constitucional não passará de mero instrumento deficitário e vulgarizado.

3 DO MODELO COLABORATIVO (*ARBEITSGEMEINSCHAFT*)

A cooperação entre os sujeitos processuais, positivada no Brasil no Código de Processo Civil (art. 6º do CPC/2015), inspirado no Direito Português (MITIDIERO, 2023), reconhece no diálogo, na fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, no respeito à ética e na boa-fé o caminho para a construção de um sistema processual democrático, acessível e eficaz (VEIGA; SIVOLELLA, 2022).

Sucedâneo a uma fase instrumentalista, alicerçada por um sistema pragmático, esquematizado e positivista, o novo modelo colaborativo surge no anseio de um sistema processual que dialogasse de modo harmônico com as garantias constitucionais de um estado democrático de direito (BRASIL¹, 2010).

Essa forma de organização do processo traz uma reestruturação da atuação dos sujeitos processuais, a fim de que se possa criar um cenário que permita uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) capaz fomentar um comportamento mais ativo pelo magistrado e mais responsivo pelas partes (Mitidiero, 2023; NUNES, *et. al.* 2016).

E dessa relação, antes estabelecida de modo assimétrico por um modelo instrumentalista, no qual o processo era um meio pelo qual se pretendia a satisfação de um fim (MITIDIERO, 2015; NUNES, *et. al.*, 2013), invoca-se a reflexão sobre a atuação dos sujeitos processuais, visando o enfrentamento de condutas meramente contrárias à cooperação, e que impeça a promoção de um acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal) de forma plena e efetiva (THEODORO JÚNIOR, 2023).

Sobre a atuação dos sujeitos processuais, há divergência por parte da doutrina brasileira. Autores como Mitidiero (2023), Didier (2023), Arenhart e Marinoni (2023), entendem que, do dever de cooperar, tem-se a construção tanto de um modelo cooperativo de processo, quanto um princípio da colaboração, onde o juiz é paritário no diálogo, mas assimétrico quando da imposição de suas decisões. Todavia, em contraponto ao defendido por Didier, Mitidiero destaca que o Processo Civil, do ponto de vista substancial, é presidido por interesses divergentes entre as partes, esclarece que os deveres cooperativos não decorrem da boa-fé, mas de uma “necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva” (MITIDIERO, 2023, p. RB-1.6). Desta forma, para o autor gaúcho, a colaboração esperada na ordem jurídica no processo civil não se dá entre as partes, mas do juiz para com as partes.

Já Didier (2023) sustenta que o dever de cooperar aplica-se às partes, das quais são impostas condutas pautadas na lealdade processual, decorrentes da boa-fé objetiva.

Por outro lado, Dierle Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, ao entenderem que as partes não estariam obrigadas a contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado, advogam que o dever de cooperar advém de um dever ético (modelo participativo), atribuído a todos os sujeitos processuais, “como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho”, sem que haja um protagonismo judicial (2016, p. 88 e 91). Portanto, o direito, atuando contra a postura natural (contrafaticamente) de interesses divergentes e comportamentos não cooperativos, atua para a construção de um ambiente procedimental democraticamente legítimo.

Agir pelo dever cooperativo, como aponta Cássio Scarpinella Bueno, também “deve significar a colaboração na identificação das questões de fato e de direito e de abster-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios” (2017, p.68). Requer a compatibilidade entre solidariedade e processo. “A cooperação surge, portanto, como uma forma de auxiliar a concretizar no processo civil essa solidariedade preconizada pela Constituição” (DALLA, *et. al.*, 2015).

Destarte, por mais que alguns doutrinadores sustentem que o dever de cooperar advém do princípio da boa-fé objetiva (DIDIER, 2023), o agir de modo colaborativo invoca mais. Para que haja decisões de mérito justas, efetivas e em tempo razoável, questões outras na relação intersubjetiva dos sujeitos processuais, e que ultrapassam a mero comportamento direcionado pela boa-fé, devem ser observadas. Nas palavras de Humberto Dalla e Tatiana Alves (2015, p. 252):

Perceba-se que não se trata, apenas, de agir com boa fé. É bem mais do que isso. Agir com boa fé significa se abster de incidir em alguma das condutas tipificadas como atos de improbidade processual. Agir de forma colaborativa significa uma conduta pró-ativa. É um fazer quando o agente poderia, simplesmente, se omitir.

Portanto, não basta que o legislador tenha inferido esse dever de conduta para os sujeitos do processo. É preciso a conscientização da responsabilidade pelos sujeitos processuais uns com os outros. É preciso reconstruir os comandos robotizados e que reproduzem padrões reativos e beligerantes dos sujeitos processuais. “A justiça voltada para si própria, assim como as leis e o direito, pode se endurecer pela detenção do poder” (RIBEIRO, 2018, p. 124). Deste modo, a adoção de um direito responsivo é imprescindível para que haja um processo constitucional democrático.

A perfectibilidade do dever de cooperar necessita de mudanças no comportamento dos participantes do processo, o que perpassa pela ética. A ética é fonte basilar na condução à reflexão e à transformação do modo como os sujeitos processuais se enxergam e, por conseguinte, relacionam-se. “O modelo processual atual está impregnado de questões ligadas à filosofia, teoria, linguagem e hermenêutica, o que, por si só, autorizaria uma nova leitura de todo o modelo processual passado, como lembra João Luiz Lessa Neto” (JOBIM, 2018, p. 70).

Desta maneira, a exigência de condutas éticas condizentes dos mesmos que invocam menos juriscentrismo e uma prestação jurisdicional qualitativa (CAMARGO; ALVES, 2018) direciona a uma perspectiva democrática e responsiva, bem ao alcance dos direitos fundamentais.

4 A ÉTICA DA ALTERIDADE E O DIREITO RESPONSIVO

O dever de cooperar e a ética entre os sujeitos processuais estão intrinsicamente conectados, de modo que não há como falar em modelo colaborativo sem suscitar um agir e um olhar ético entre todos os envolvidos na formação de um processo constitucional democrático.

Com a herança de uma filosofia ocidental lógica e reducionista ao Eu, a sociedade, e por conseguinte o Direito, transformou-se em uma limitação do “Outro ao Mesmo” (MACHADO, 2013). A ética kantiana, para qual o Direito é fruto da razão, “constrói sua autonomia de costas à alteridade e em muitos casos a despeito dela” (RUIZ, 2008, p. 127).

Acontece que o Direito é fruto do produto cultural de uma sociedade (MITIDIERO, 2023) e não pode se basear em imperativo categórico onde o outro é visto sempre como um fim, desconsiderando que sujeito é parte do processo de construção. É na experiência intersubjetiva entre os sujeitos processuais que recai a importância da ética. Uma ética que considera a “natureza ou condição do que é do outro, do que é distinto”, para a qual se dar o nome de alteridade (HOUAISS, 2009, p. 103).

Nesse diapasão, destaca-se a filosofia de Emmanuel Levinas, que, em seu projeto filosófico de vida, ao redimensionar o olhar para a teoria da alteridade, embora não tenha diretamente tratado da questão para o Direito, muito discorreu sobre justiça e ética, convidando à reflexão sobre a reciprocidade dos deveres e dos direitos, bem como a necessidade de olhar o Outro, de modo que a Justiça venha “sempre a ser aperfeiçoada contra suas próprias durezas”. (LÉVINAS, 2016, p. 294).

Partindo de uma análise ontológica do ser, Levinas (1994, p. 147 e 149) expõe a responsabilidade do *Eu* pelo *Outro*:

Quando falo de Justiça, introduzo a idéia da luta com o mal (...). Se não houvesse ordem de justiça, não haveria limite para minha responsabilidade. Há uma certa medida da violência necessária a partir da justiça; mas, se falamos de justiça, é necessário admitir juízes, é necessário admitir instituições com o Estado; viver num mundo de cidadãos, e não só na ordem do face-a-face. Mas, em contrapartida, é a partir da relação com o Rosto ou de mim diante de outrem que se pode falar da legitimidade do Estado ou de sua não-legitimidade. Um Estado em que a relação interpessoal é impossível, em que ela é por antecipação dirigida pelo determinismo próprio do Estado, é um Estado totalitário. Há, pois, limite para o Estado. Quando, como na visão de Hobbes, o Estado sai, não da limitação da caridade, mas da limitação da violência, não se pode fixar limite ao Estado. (...)

O outro lhe concerne, mesmo quando um terceiro lhe faz mal e, por conseguinte, o senhor está aí diante da mesma necessidade da Justiça e de certa violência. O terceiro não está aí por acidente. Em certo sentido, todos os outros estão presentes no rosto de outrem.

A ética para Lévinas (1994) surge na concepção de justiça para com Outrem. Esse Outrem invoca uma relação intersubjetiva, unidirecional, na transcendência do “para-o-outro”, de “um a outro”, onde surge o “sujeito ético” e, nessa dialética, acontece o “entre-nós”. Esse Outrem é mais que um sujeito supostamente conhecido. É a face de todos aqueles em que o agir do sujeito poderá refletir e, por isso, demanda desse um ato responsivo. Pela teoria da alteridade, o sujeito ético, confrontado pelo outro, diante do outro, assume um papel verdadeiramente colaborativo em busca de uma justiça efetiva.

A discussão sobre a dicotomia entre a teoria da alteridade e a colaboração processual não é inédita e vem sendo trabalhada por processualistas como Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (2016), Alessandra Garcia Marques (2016), Fernando de Brito Alves e Daniel Marques Camargo (2018), bem como Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Walter Lucas Ikeda (2022). Tais autores acreditam que, por meio da ética levinasiana, é viável uma alteração cultural e comportamental dos sujeitos processuais, de modo mais ético, solidário, responsável e transparente.

Ademais, similitudes entre o pensamento levinasiano e o direito também podem ser notadas em estudos de Miguel Reale, o qual já trazia questionamentos e provocações sobre a ética e a alteridade no sistema jurídico processual. O autor assentava na ideia de alteridade a teoria do culturalismo jurídico personalista (REALE, 2002, p. 279 e 344):

Assim como a relação entre o sujeito e o objetivo é o fundamento da Ontognoseologia, a relação de “um eu” com “outro eu” (alteridade) é o fundamento da Ética. Poder-se-ia dizer que a pessoa é a medida da individualidade, pois quando um indivíduo se coloca perante outro, respeitando-se reciprocamente, ambos se põem como pessoas.

A idéia de alteridade será examinada por nós mais tarde, porque é nela que vamos assentar a teoria do culturalismo jurídico personalista, que foge tanto do individualismo, que faz abstração de indeclináveis valores sociais, como do transpersonalismo, que acaba por sacrificar o indivíduo aos valores absorventes de uma classe, da sociedade ou do Estado.

(...) A Ética é o estudo dos comportamentos possíveis dos sujeitos enquanto uns se põem perante os demais. Sendo assim, é preciso examinar quais as possíveis colocações de um “eu” perante “outro eu”, do ego perante o alter [...]

Essa relação ética tão invocada, seja na visão de Emmanuel Lévinas, seja pela ótica de Miguel Reale, pode, em proporcional medida e adequação do sentido, ser

trazida ao processo justamente para torná-lo um instrumento de alcance dos valores constitucionais e, assim, de acesso à justiça efetiva. É nesse processo de “dialética de complementariedade” (REALE, 2001, p.62) que a norma jurídica se materializa como a realização do Direito. Não há nada mais cooperativo no processo civil de um Estado Democrático de Direito do que isso e não há como se falar em acesso à justiça efetiva sem esse olhar responsivo, ético, e que tire do sujeito processual seu olhar individualista para compreensão do *Outrem*.

Não se trata de altruísmo desmedido, metafísico e caridoso no processo (DAL-*LA, et. al.*, 2015), mas de elidir comportamentos que visem uma arena de conflitos intermináveis, seja pela visceralidade das emoções das partes envolvidas, seja por estratégias direcionadas intencionalmente para se esquivar do dever legal, alargando desnecessariamente o lapso temporal do feito e desgastando a máquina pública em detrimento a todo restante da sociedade. Com bem apontado por Humberto Dalla e Tatiana Machado (2015):

o objetivo da cooperação não é fazer com que as partes concordem em tudo, mas que ao menos as disputas desnecessárias possam ser resolvidas mediante um consenso entre elas, não havendo por que criar entraves a cada passo para frente que caminha a marcha processual. O objetivo da cooperação, portanto, é limitar a intervenção do Juiz apenas aqueles casos nos quais ela seria absolutamente necessária, permitindo que os Tribunais otimizem o seu próprio trabalho.

Os referidos autores ainda ressaltam que a experiência já demonstrou que sem o devido olhar para o dever de cooperação, a promoção da celeridade processual judicial se torna inviável.

A justiça depende de um olhar justo e efetivo que perpassa pela conduta dos sujeitos do processo e, ao mesmo tempo que invoca um olhar humano, não prescinde conhecer sobre quem a conduta recairá, pois é no ato responsivo por si mesmo que a ética se revela. Não se trata de harmonizar forças antagônicas. A justiça “se reafirma ontologicamente pela ética, que a questiona, promovendo sua obrigatoriedade renovação pelas instituições e leis, que exigem razão e medida diante da multiplicidade” (RIBEIRO, 2017, p.99). Ou, nas palavras do próprio Lévinas:

A justiça é impossível se aquele que a faz não se encontra, ele mesmo, na proximidade. Sua função não se limita à “função do julgamento”, à subsunção de casos particulares numa regra geral. O juiz não está fora do conflito, mas a lei está no interior da proximidade (LEVINAS, 1990, p. 248).

O processo não é só das partes nem somente do Estado (representado pela figura do Juiz), porque é de todos e atinge todos, diretamente ou não. E em qualquer polaridade há o distanciamento que resulta em prejuízos, assim como em posições de inatingibilidade. É no caminho do meio, portanto, que o dever de cooperação do juiz se faz e de onde o olhar para com as partes se torna ético e justo.

Deste modo, a construção desse Processo Civil de Estado Constitucional requer mais, de modo que os comportamentos dos sujeitos processuais precisam ser restaurados pelo olhar da ética da alteridade, sem a qual é impensável a tão discutida comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

5 A HUMANIZAÇÃO ÉTICA PARA UMA JUSTIÇA EFETIVA

Almejar a transformação necessária para que o modelo colaborativo seja uma realidade, contribuindo para o acesso a uma justiça efetiva, é também reconhecer o cenário atual, que não comporta niilismos.

A comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) requer que cada sujeito processual se ponha como responsável pelo Outrem, numa preocupação legítima de reconhecimento da importância de que seu comportamento repercuta tanto dentro do processo como na vida social das pessoas por ele atingidas.

Parece utópico pensar sob esse prisma, considerando todos os problemas que o Poder Judiciário vem apresentando ao longo dos anos, contando com o abalroamento de processos e atrasos na prolação de sentenças, mas essa crise do Judiciário sempre existiu¹, não podendo ser o impeditivo a justificar a omissão no dever de cooperar de modo ético.

A pressa em gerar números não pode justificar o esquecimento da “humanidade” que se encontra atrás de um sistema cada vez mais robotizado. O olhar ético da alteridade levinasiana emancipa a ordem jurídica do incansável e árduo trabalho do juiz de ser onipresente e onipotente, bem como reconstitui a participação democrática dos sujeitos processuais e, indiretamente, de toda a sociedade. Assertivo, Carlos Eduardo Nicoletti Camilo assim aponta:

A hermenêutica *autrement* repensa não somente a hermenêutica tradicional, mas sobretudo as fontes do direito, pois nenhuma delas se

¹ O diagnóstico da crise do Judiciário infelizmente não é novidade e já outrora foi denunciada pelo ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça - Peçanha Martins (1994) – e pelo saudoso Rui Barbosa, em seu discurso na Faculdade de São Paulo, aos bacharelados de 1920: ‘Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardineiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente’ (BARBOSA, 1997, p. 675).

revela mais consistente que o Outro, especialmente porque, na cadeia de produção de todos os meios pelos quais o direito se revela, o Outro sempre assume – ou deveria assumir – a condição de verdadeiro ícone e protagonista da realidade social (2016, p. 105).

A tradição litigiosa e a busca pela vitória a todo custo podem dificultar a construção de um ambiente colaborativo, sendo dever do juiz uma atuação mais combativa contra comportamentos que, além de não contribuírem para a solução da lide, fomentam o distanciamento com os fundamentos constitucionais.

É essencial que os juízes sejam capacitados para desenvolver uma visão crítica e reflexiva sobre sua atuação, reconhecendo a importância do outro como sujeito de direitos (PIMENTA, 2010), a fim de que promovam e fiscalizem atos que violem o dever de cooperar.

A formação ética e humanista proporciona um embasamento sólido para o exercício da judicatura, bem como estimula todos os sujeitos a contribuírem na busca de uma justiça mais efetiva e justa. Nessa senda, Leonardo Goulart Pimenta (2011, p. 132), brilhantemente discorreu:

A atividade do juiz é a de impor uma definição e um dever em função de sua autoridade e com poderes suficientes para fazer realizar sua decisão. Mas nada disso ainda é ser responsável. Enquanto o juiz não transcender suas funções, sua própria categoria, ainda lhe faltará a justiça. Só indo além de suas competências, por sua conta própria, como humano, indo além do que se é, o caminho em direção ao justo poderá ser trilhado. Aplicando o direito o juiz não será justo, por mais íntegro, equânime e democrático em que, na sua função, possa se mostrar. O juiz não deve se preocupar com a categoria que a política lhe determina, mas com sua condição enquanto humano, na qual pode encontrar infinitos meios de responder ao chamado do rosto - “o homem integralmente homem não tem que se ocupar com política, deve ser ocupar com moral”. O tribunal só assume toda a responsabilidade quando está animado de responsabilidade por outro que não ele mesmo. A justiça não é permitida ao juiz pessoalmente, a não ser que ele assuma o ônus.

É necessário, portanto, promover uma mudança cultural que valorize a cooperação e o diálogo, estimulando, de modo eficaz, que as partes adotem uma postura colaborativa desde o início do processo, trazendo a hermenêutica *autrement* (LÉVINAS, 2011), ou seja, um olhar responsivo e que refletirá em toda sociedade. Essa interpretação, que sugere uma proximidade ao mesmo tempo que mantém o desinteressamento, traz a tomada de consciência e a justiça entre os incomparáveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da norma jurídica é refletida pela relação intersubjetiva dos sujeitos processuais e requer mais que meras garantias positivadas, mas o efetivo alcance dos valores e normas constitucionais. Deste modo, um Processo Civil de Estado Constitucional, voltado à promoção ao acesso à justiça, invoca invariavelmente uma atuação mais cooperativa de todos os sujeitos processuais (PINHO, et. al., 2015).

Destacadas algumas posições doutrinárias sobre a atuação das partes e do juiz, percebeu-se que o entendimento de modelo colaborativo transcende a mera aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Requer um olhar mais responsivo, que encontra pouso na ética da alteridade promovida pelo filósofo Emmanuel Levinas.

No atual modelo de Estado de Direito Democrático, a justiça ganha releitura ontológica pela ética, exigindo transformações instituições e leis, a fim de que atendam o compromisso com os valores e normas constitucionais, assegurando o acesso à justiça efetiva.

Ao longo deste artigo, foi explorado o dever de cooperação e a ética da alteridade, desenvolvida pelo filósofo Emmanuel Levinas, entre os sujeitos do processo no contexto da construção de um modelo constitucional de processo democrático. Assim, verificou-se que o modelo de colaboração imprescindivelmente necessita do exercício de um direito mais responsivo e, por conseguinte, uma mudança no comportamento entre as partes e o juiz, a fim de que a norma jurídica almejada atenda ao seu propósito e garanta o respeito pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; CAMARGO, Daniel Marques. **A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015**: intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 255-270, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistade-direito/article/view/2833/1843>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BARBOSA, José Carlos Moreira (1988). **La igualdad de las partes en el proceso civil**. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma do México. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/17855>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BARBOSA, Rui. Rui Barbosa: **escritos e discursos seletivos**. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p. 675.

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência Jurídica**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015

BERALDO, Leonardo de Faria. **O dever de cooperação no novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 363.

BERNARDO, Fernanda. **Justiça's Ambiguidades** – Da Justiça à Justiça em Emmanuel Lévinas. Revista Ética e Filosofia Política. Número XXV – Volume I – julho de 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/eticaefilosofia>. Acesso em: 20 jun 2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun 2023.

BRASIL¹. **Código de processo civil e normas correlatas**. - 7. ed. - Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 19 jun 2023

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 jun 2023

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 68.

CAMARGO, Daniel Marques de; TOMÉ, Levi Rosa. **Normas fundamentais do processo civil**: enfoque na segurança jurídica e nos precedentes judiciais. In: ALVIM, Angélica Arruda [et al]. Novo código de processo civil. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>.; <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CORCORAN, Jonh. **A inseparabilidade entre Lógica e a Ética**. Trad. Pedro Merluzzi. Rev. Rafael d'Aversa e Décio Krause. *The Inseparability of Logic and Ethics*,

Free Inquiry, Spring, 37–40. Disponível em: https://www.academia.edu/21830040/CORCORAN_ON_LOGIC_AND_ETHICS_IN_PORTUGUESE_A_Inseparabilidade_entre_L%C3%B3gica_e_a_%C3%89tica_1. Acesso em: 19 jun. 2023

DALLA, Humberto; ALVES, Tatiana Machado. **A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro**. Uma proposta de sistematização. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 12, n. 12, 2013, [27] p.

DALLA, Humberto; ALVES, Tatiana Machado. **A cooperação no Novo Código de Processo Civil**: Desafios concretos para sua implementação. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 15, n. 15, 2015, [28] p.

DE BRITO ALVES, Fernando; CAMARGO, Daniel Marques. **A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015**: intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. Revista Brasileira de Direito, v. 14, n. 2, p. 255-270, 2018.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 14ª edição, 2009

CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. **Justiça e responsabilidade a partir de Emmanuel Lévinas**. Revista da ASSEJUR. Disponível em: <https://www.aconjurpr.com.br/artigos/justica-e-responsabilidade-a-partir-de-emmanuel-levinas/>. Acesso em 19 jun 2023.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía Del Derecho**. 9. Ed. corr.aum. ed. 1991.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 25. ed. Salvador: Juspodivm, 2023

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros. 2009. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001943529>. Acesso em: 23 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípio da legalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora ática S.A., 1989.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira; PESSANHA, Jackelline Fraga. **O dever de colaboração processual da parte como pressuposto para formação do precedente e a garantia de acesso à justiça desde os debates em primeira instância**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, n. 3, 2022.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro**. Revista de Processo. Thomson Reuters, vol. 172, p. 32-53, Jun. 2009

GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei no 9.099, de 26.09.1995**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GRZIBOWSKI, Silvestre. **Anterioridade ética e alteridade em Emmanuel Lévinas**. *Dissertatio Revista de Filosofia*, UFPEL, ano 38, 2013.

HADDOCK-LOBO, Rafael. **A justiça e o rosto do outro em Lévinas**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, Abr/Set. 2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.

IKEDA, W. L.; TEIXEIRA, R. V. G. **DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIFERENTE E DEMOCRACIA:: REFLEXÃO A PARTIR DE EMMANUEL LÉVINAS**. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 22, n. 42, p. 121-137, 4 maio 2022.

JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro** [livro eletrônico]. - 1. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

KOCHEM, Ronaldo. **Introdução às raízes do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*)**. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 311-344

LÉVINAS, Emmanuel. **De outro modo que ser ou para lá da essência**. Trad. José Luis Pérez, Lavínia Leal Pereira. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Trad. Pergentino Stefano Pivatto, Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner, Marcelo Luiz Pelisolli. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito** (1982). Lisboa: Edições 70, 2007.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 2015.

MACHADO, Rubens. **O infinito entre nós: verdade e justiça segundo Lévinas**. *Ágora Filosófica*, ano XIII, n. 2, Jul/Dez. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camarço. **Acesso à Justiça**. 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

MARQUES, Alessandra Garcia. **A SOLUÇÃO DE CONFLITOS DENTRO E FORA DO PROCESSO POR MEIO DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRA-**

SILEIRO: UMA NECESSÁRIA CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE EMMA-NUEL LEVINAS SOBRE A JUSTIÇA E A ALTERIDADE PARA A REFLEXÃO A RESPEITO DA MEDIAÇÃO. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 15 | n. 6 | p. 200 - 222 | set./dez. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, ARENHART, Sérgio Cruz. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

MARTINS, Alexandre Marques da Silva. **Os valores em Miguel Reale**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 180, p. 263-277, out./dez. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176575>. Acesso em: 15 jun 2023.

MARTINS, Francisco Peçanha (1938). **Considerações sobre a crise do judiciário**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva / Superior Tribunal de Justiça (STJ), Secretaria de Documentação. Imprensa: Brasília, STJ, 1989. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/295>. Acesso em: 19 jun 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil** [livro eletrônico]: do modelo ao princípio 3. ed. em e-book baseado na 5. ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga. **Comentários aos artigos 5º e 6º do CPC/2015**. In: ALVIM, Angélica Arruda et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Eficiência processual: algumas questões**. Revista de Processo, São Paulo, v. 169, p. 115-130, março de 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4. 2009

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. - 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **DIFÍCIL JUSTIÇA**: a relação entre a justiça e direito a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas. Tese apresentada ao programa de PósGraduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Belo Horizonte. 2011.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Justiça, alteridade e direitos humanos na teoria de Emmanuel Lévinas**. Revista USCS, v. 11, n. 19, Jul/Dez. 2010.

REALE, MIGUEL. **Lições Preliminares de Direito**. 25º Ed. São Paulo: Saraiva, 2001

REALE, MIGUEL. **Filosofia do Direito**. 19. ed. 3º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELT, L. A.. **A BOA-FÉ NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DIMENSÃO CONCEITUAL E LEITURA CRÍTICA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS**. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (IMPRESSO), v. 115, p. 229-239, 2021.

RIBEIRO, Leonardo Meirelles. **A NOÇÃO DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA ÉTICA DE EMMANUEL LÉVINAS, EM AUTREMENT QU'ÊTRE**. Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Filosofia, da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia. Belo Horizonte, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Meirelles. **Amor e Justiça em Lévinas**. In. JÚNIOR, Nilo Ribeiro et. al., (orgs.) Amor e Justiça em Lévinas. São Paulo: Perspectiva, p. 115-130, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O DESPACHO PÓS SANEADOR NO BRASIL E EM PORTUGAL**. Londrina, PR: Editora Thoth, 2021.

RUIZ, Castor B. **EMMANUEL LEVINAS, ALTERIDADE & ALTERIDADES – QUESTÕES DA MODERNIDADE E A MODERNIDADE EM QUESTÃO**. In. SOUZA, Ricardo Timm, et. al. (orgs). ALTERIDADE E ÉTICA. Porto Alegre, RS: Editora ediPUCRS, 2008, p. 117-148.

SANTANA, Gustavo da Silva. HUPFEER, Haide Maria. **Da impossibilidade do poder discricionário do intérprete para os Hard Cases no Direito Ambiental**. Revista de Processo, v. 64/2011, out-dez, p. 117-142, 2011.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 19 jun. 2023.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil, volume I**. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VECCHIO, Giorgio del. **Unidade Fundamental da Ética, sob as formas da Mora e do Direito**. In: *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, nº 03, p.3-7, set./dez. 1967.

VEIGA, Aloysio Corrêa da, e SIVOLELLA, Roberta Ferme. **Justiça 4.0”, o Código de Processo Civil de 2015 e o processo do trabalho: entre a democratização e o acesso efetivo à justiça, o modelo cooperativo trabalhista**. Org. FUX, Luiz et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

CIDADES E COMUNIDADES SUSTENTÁVEIS E O DEVER DE *COMPLIANCE* DAS EMPRESAS E TERCEIRO SETOR

CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES Y EL DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS Y TERCEROS SECTORES

Sonia do Carmo Grobério¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

RESUMO

Dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) tem-se o que trata das cidades e comunidades sustentáveis visando tornar cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Utilizando a pesquisa bibliográfica, analisa-se o dever de *compliance* das empresas que causam impactos relacionados à segurança humana, ao se instalarem nas cidades com possíveis prejuízos à sustentabilidade como nas questões sobre a economia, a sociedade, a segurança e o meio ambiente. Conclui-se que para o funcionamento legal e ético, as empresas que podem causar prejuízos à sustentabilidade devem cumprir o conjunto de regramentos, incluindo os objetivos de desenvolvimento sustentável, por meio do *compliance*.

Palavras-chave: Dever de *Compliance*; Segurança humana; Desenvolvimento Sustentável.

RESUMEN:

Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se encuentra el que trata de ciudades y comunidades sostenibles, con el objetivo de hacer que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. Utilizando investigación bibliográfica, se analiza el deber de cumplimiento de las empresas que pueden causar impactos relacionados a la seguridad humana, al instalarse en ciudades con perjuicio para la sostenibilidad, tales como temas relacionados con la economía, la sociedad, la seguridad y el medio ambiente. Se concluye que para el funcionamiento legal y ético, las empresas que pueden causar daño a la sostenibilidad deben cumplir con el conjunto de normas incluyendo los objetivos de desarrollo sostenible a través del cumplimiento.

Palabras clave: Deber de Cumplimiento; Seguridad humana; Ciudades sostenibles.

1 Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Vitória/ES. Coordenação Prof. Doutor Daury Fabríz e Prof. Doutor Adriano Sant'Ana Pedra.

2 Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal.

1 INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance* foram adotados formalmente no Brasil a partir da publicação da Lei 12.846/2013, pois não havia uma base legal para justificar o investimento em programas de *compliance* e nem a previsão da obrigatoriedade da adoção formal de um programa de *compliance*, criando assim, uma obrigação para o administrador e para os órgãos de administração.

Compliance é um sistema de gestão adotado pelas organizações visando estar em conformidade com as leis, bem como com condutas éticas. Tem como objetivo evitar escândalos, fraudes e posições empresariais com uma má reputação perante a sociedade, e ainda reduzir as consequências externas dos atos ilícitos (Carneiro, 2019). Para tanto, exige-se um programa que enfrente além da corrupção e fraudes que ocorrem no mundo com adoção de condutas voltadas para o bem estar de todos, com a finalidade de eliminar degradações ambientais, violências, tráfico de drogas, pobreza e a falta de acesso à educação. Ou seja, são questões inclusas nas dimensões do conceito de segurança humana desenvolvido pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).

O conceito de segurança humana foi tratado pela primeira vez no Relatório de Desenvolvimento Humano de 1994 do PNUD e afastou a ideia de que a segurança das pessoas deve ter avaliação somente na questão territorial apontando para a importância das necessidades básicas, para a dignidade e segurança para usufruírem de vidas seguras. Dessa forma busca promover a proteção dos direitos humanos e reconhece que a violência é intrínseca à privação dos direitos e necessidades básicas dos indivíduos, incluindo aqui o direito às cidades sustentáveis, o que também gera o sentimento de insegurança e medo.

Acrescenta-se que o referido sentimento seria minimizado com uma gestão democrática das cidades visando propiciar o bem-estar geral e qualidade de vidas das pessoas. A política de desenvolvimento urbano deve incluir o cuidado com o meio ambiente, cujo conceito é amplo, pois não se trata apenas de aspectos naturais. Como traz o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que integra além dos aspectos naturais, os artificiais ou construídos, culturais e do trabalho que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas.

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, nominada Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais da política urbana considerando os ideais de sustentabilidade ambiental e garantia do bem-estar da população. No artigo 2º que trata do objetivo da política urbana em ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, são enumeradas as diretrizes gerais, destacando-se dentre elas:

I - **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-es-

trutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

(...)

VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; (...). **Grifo nosso.**

Entretanto, existe uma grande dificuldade do Estado Democrático de Direito, principalmente os municípios, em concretizar os direitos por meio de políticas públicas, efetivadas pelos serviços públicos e garantir o direito a cidade sustentável. Dessa forma, é necessária uma responsabilidade compartilhada, principalmente das empresas e terceiro setor que se instalam nas cidades, gerando aglomeração da população, mudanças no trânsito e no meio ambiente de um modo geral, podendo causar prejuízos à sustentabilidade.

Nesse sentido, o estudo analisa o dever de *compliance* das empresas que causam impactos relacionados à segurança humana, ao se instalarem nas cidades, com possíveis prejuízos à sustentabilidade como nas questões sobre a economia, a sociedade, a segurança e o meio ambiente, visando torná-las seguras e sustentáveis. Assim, indaga-se: Existe um dever de *compliance* das empresas que podem causar prejuízos à sustentabilidade visando o cumprimento do objetivo de tornar as cidades seguras, resilientes e sustentáveis?

Para atingir o objetivo proposto e responder a indagação apresentada, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e dessa forma trata-se dos conceitos relacionados às cidades sustentáveis; *compliance* e segurança humana. Para melhor compreensão da temática, o texto foi dividido em tópicos, sendo abordado sobre *compliance* e responsabilidade social; deveres fundamentais; cidades sustentáveis e segurança humana e o dever de *compliance*.

2 COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Sobre o conceito de *compliance* Carneiro (2019) traz que é um sistema de gestão adotado por organizações com o objetivo de estar em conformidade não somente com as leis, mas também com condutas éticas. E assim, tem o objetivo de evitar escândalos, fraudes e posições empresariais com uma má reputação perante a sociedade, e ainda reduzir as consequências externas dos atos ilícitos. Porém, segundo Carneiro (2019), exige-se um programa que enfrente além da corrupção e fraudes que ocorrem no mundo com adoção de condutas voltadas para o bem-estar de todos,

com a finalidade de eliminar degradações ambientais, violências, tráfico de drogas, pobreza e a falta de acesso à educação.

Pelo conceito apresentado necessita-se esclarecer que existe uma conexão entre o programa *compliance*, a função social e a responsabilidade social das empresas, mas não se confundem. Da mesma forma Zenkner (2023) traz que a função social da empresa não se confunde com sua responsabilidade social, pois a primeira é impositiva e passível de sanção em caso de inobservância, enquanto a segunda é voluntária e envolve apenas preocupações sociais e éticas da empresa não relacionadas ao seu objeto social. Acrescenta Zenkner (2023, p.72) que

Uma empresa, por exemplo, não pode ser lucrativa e, ao mesmo tempo, degradar profundamente o meio ambiente e se valer de trabalho escravo em sua cadeia de fornecedores. Se isso ocorrer, ela será devidamente sancionada por estar violando a sua função social. Por outro lado, não existe nenhum dever legal no sentido de ela (a empresa) se preocupar com o número de crianças matriculadas nas escolas de ensino fundamental das comunidades estabelecidas em seu entorno ou com a multiplicação dos indivíduos de uma determinada espécie animal.

Nesse sentido, a função social está relacionada às atividades econômicas que a empresa exerce, conforme seu objeto social, enquanto que a responsabilidade social trata do cumprimento de deveres que, tradicionalmente, competem ao Estado (TOMASEVICIUS FILHO, 2011).

Verifica-se uma crescente dificuldade do Estado Democrático de Direito em concretizar os direitos por meio de políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos. Em muitas situações a atuação estatal não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais, o que poderá ser efetivado com a participação ativa por meio do exercício de um dever por parte de outra pessoa física ou jurídica (PEDRA, 2013, p 15). Assim, existe a necessidade de atenção das empresas em relação à responsabilidade social, compreendendo como um dever fundamental para sua existência social pautada na ética, que está incluída nos programas de *compliance*.

Acrescenta-se que Coimbra e Manzi (2018) definem *compliance* como dever de cumprir, estar em conformidade e fazer leis, diretrizes e regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório. Com o *compliance* é criada uma cultura de integridade que permeia toda a organização e se espalha para fora dela, ou seja, para a comunidade no seu entorno.

3 DEVERES FUNDAMENTAIS E O DEVER DE COMPLIANCE

Na Constituição brasileira podem ser encontrados alguns deveres explícitos e implícitos e o Capítulo primeiro do Título II, apesar de ter sido intitulado “Dos Direitos e deveres individuais e coletivos”, destaca apenas os direitos, enquanto os deveres relacionados à educação e ao meio ambiente, por exemplo, estão expressos em outros capítulos e artigos. Observa-se que a temática sobre os deveres fundamentais está sendo atualmente mais abordada na doutrina se solidificando como uma teoria geral dos deveres fundamentais.

Em relação ao conceito dos deveres defende Peces-Barba (1987, p.336) que são aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, à satisfação das necessidades básicas ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício dos direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional.

No Estado Democrático de Direito, o cidadão é livre e responsável, merecedor de direitos e prestador de deveres, como trata Nabais (2007, p.169). O autor traz também a classificação do dever fundamental como sendo relacional, quando o dever vincula o cidadão ao Estado, os indivíduos à coletividade a que pertencem, ou as pessoas umas às outras.

Destaca-se que a função essencial dos deveres está relacionada aos anseios da comunidade e a solidariedade decorre da necessidade do ser humano ser reconhecido como responsável pela comunidade à sua volta, pressupondo um respeito mútuo entre os indivíduos, sem o qual se inviabilizaria qualquer convívio (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p.138).

Nesse sentido, tem-se que a vida em sociedade não seria tolerável com a mera previsão de direitos, sendo imprescindível que os indivíduos sejam vinculados a deveres, pois são estes que impõem o reconhecimento do outro, da alteridade, da solidariedade. Daí a importância de o ordenamento jurídico considerar não só os direitos, mas os deveres também (BASSO, 2016, p.91).

Ressalta-se que por meio do cumprimento dos deveres não será exigido do cidadão além das forças que possui, ou seja, o cumprimento do dever deverá ser proporcional às suas condições. Para colaborar com a conceituação dos deveres, os membros do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, elaboraram um conceito³ de dever fundamental que foi utilizado neste estudo, como segue:

3 Conceito construído pelo grupo de pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant'Ana Pedra do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória.(FDV).

Uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

O conceito de dever elaborado pelo grupo de pesquisa se fundamenta na solidariedade conforme previsão no artigo 3º da Constituição brasileira como um objetivo da República Federativa, apresentando-se como uma finalidade de edificação de uma sociedade livre e justa, ou seja, um dever de solidariedade que deve ser considerado nas relações privadas. Nesse ponto, observa-se que existe uma correlação do conceito do grupo de pesquisa com a previsão dos deveres das empresas relacionados ao *compliance*, principalmente em relação edificação de uma sociedade livre e justa.

O conceito do grupo de pesquisa trata também das condutas proporcionais impostas aos particulares com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. Essas condutas impostas mostram uma relação entre os direitos e os deveres e que a vida em sociedade não seria tolerável com a mera previsão dos direitos, sempre imprescindível que as pessoas físicas e jurídicas, nesse caso, as empresas e terceiro setor, que podem causar prejuízos à sustentabilidade sejam vinculados a deveres, dentre eles o dever de *compliance*.

4 CIDADES SUSTENTÁVEIS E SEGURANÇA HUMANA: DEVER DE COMPLIANCE?

Para garantir e ampliar os direitos da Declaração Universal, a Organização das Nações Unidas propôs em 2015, o documento intitulado “Agenda 2030”, no qual foram previstos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável(ODS), uma ação entre países, empresas e terceiro setor para garantir a igualdade, a justiça, a dignidade e a melhoria do meio ambiente. Dentre os objetivos tem-se o de número onze que trata das cidades e comunidades sustentáveis visando tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

As cidades e comunidades são consideradas sustentáveis quando seguem um modelo sustentável de desenvolvimento, com a política de desenvolvimento urbano seguindo os seguintes princípios apresentadas por Vieira (2020):

- a) Assegurar o respeito e tornar efetivos os direito humanos;
- b) Promover medidas para proteger o meio ambiente natural e construído, de modo a garantir a função social ambiental da propriedade na cidade;
- c) Incentivar atividades econômicas que resultem na melhoria da quali-

dade de vida, mediante um sistema produtivo gerador de trabalho e de distribuição justa da renda e riqueza;

d) Combater as causa da pobreza, priorizando os investimentos e recursos para as políticas sociais (saúde, educação, habitação);

e) Democratizar o Estado, de modo a assegurar o direito à informação e à participação popular no processo de tomada de decisões.

Verifica-se que os princípios que devem ser observados pela política de desenvolvimento urbano apresentados se coadunam com as dimensões que compõem o conceito de Segurança Humana. O referido conceito que foi apresentado pela primeira vez em 1994, no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento(PNUD) intitulado “Nuevas Dimensiones de la Seguridad Humana”, que cunhou o conceito transdisciplinar e ampliando as bases do que conhecemos como Desenvolvimento Humano, Segurança e Direitos Humanos. Verifica-se que o foco é o desenvolvimento humano, centrado nas pessoas e não nos governos.

O referido conceito busca promover a proteção dos direitos humanos e reconhece que a violência é intrínseca à privação dos direitos e necessidades básicas dos indivíduos, incluindo aqui o direito às cidades sustentáveis, o que também gera o sentimento de insegurança e medo. Assim, foram estabelecidas 7(sete) dimensões que compõem o conceito de Segurança Humana com preocupações relacionadas à áreas da segurança econômica, alimentar, da saúde, do meio ambiente, pessoal, comunitária e política.

Entende-se que o conceito de segurança humana é “indivisível” uma vez que as seguranças que afetam a uma das dimensões afetarão também ao conjunto delas, em uma relação interdependente. Propõe-se a incorporação cotidiana dos direitos humanos, do bom governo, do acesso aos serviços básicos e assegurando que cada indivíduo tenha oportunidades e a capacidade de autonomia necessária para o cumprimento de todo seu potencial, como no caso de acesso às tecnologias, para atendimento às necessidades básicas. Sendo atendidos todas essas condições, permitirá a boa convivência na comunidade, como trata Bauman (2001, p. 134),

Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisa sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos.

A população tem se concentrado nas cidades e é necessário que as cidades sejam sustentáveis para as pessoas lidarem adequadamente com questões que envolvem a economia, a sociedade, a segurança e o meio ambiente, buscando uma solução para os problemas relacionados à poluição, lixo, falta de atendimento qualificado à saúde, saneamento básico, violência, dentre outros.

As empresas que se instalam em determinada localidade nas cidades causam impactos relacionados ao trânsito, deslocamento da população, bem como reflexos para a segurança humana e podem causar prejuízos à sustentabilidade. Para o funcionamento legal e ético as referidas empresas devem cumprir o conjunto de regramentos incluindo os objetivos de desenvolvimento sustentável por meio do *compliance*, além da atenção à responsabilidade social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável(ODS), previstos pela ONU é uma ação entre países, empresas e terceiro setor para garantir a igualdade, a justiça, a dignidade e a melhoria do meio ambiente. Dentre os objetivos de desenvolvimento sustentável foi abordado o que trata das cidades e comunidades sustentáveis visando tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

Conclui-se que as empresas que causam impactos relacionados à segurança humana, com prejuízos à sustentabilidade, para o funcionamento legal e ético, devem cumprir o conjunto de regramentos incluindo os objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela ONU, por meio do *compliance*. Dessa forma minimizariam os impactos relacionados à segurança humana nas cidades, tornando-as sustentáveis. Essa transformação permite inserir as cidades entre as mais competitivas globalmente, aumentando a atratividade, a qualidade de vidas das pessoas e propiciando segurança a todos.

Por meio do dever de *compliance* as empresas que podem causar prejuízos à sustentabilidade ao se instalarem nas cidades devem elaborar projetos com ações efetivas visando minimizar os impactos relacionados à segurança da comunidade no seu entorno, contribuindo para tornar as cidades mais seguras de acordo com os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.

Existe um grande desafio em relação ao cumprimento do objetivo de desenvolvimento sustentável relacionado ao desenvolvimento das cidades em virtude de vários fatores como os econômicos, políticos, individuais, dentre outros. Assim, para que uma cidade seja sustentável, é necessário um esforço de todos e devem ser realizadas ações conjuntas das pessoas e das empresas que se instalam nas cidades, causando impactos na segurança humana.

A concreção de direitos para se propiciar as cidades e comunidades sustentáveis, deve ser um dos objetivos da implementação de um programa de *Compliance*, pelas empresas e terceiro setor que podem causar prejuízos à sustentabilidade. O programa deve estar em integridade, nos aspectos econômicos, sociais e ambientais. Assim, nesses casos, é imprescindível a aplicabilidade do *Compliance*, como um

dever, utilizando-se de ferramentas para o combate a corrupção, fraudes, danos ambientais, falta de acesso à educação, tráfico de drogas, violência, miséria, discursos de ódio, crises democráticas e a desigualdade socioeconômica, para o alcance de cidades e comunidades sustentáveis.

REFERÊNCIAS

BASSO, Joaquim. **Notas sobre o regime jurídico dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 1 | n. 2 | p. 87 - 108 | jan./jun. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: A busca por segurança no mundo atual**. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARNEIRO, Cláudio. **Compliance e a cultura da paz**. Volume XX. Galileu- Revista de direito e economia, 2019.pp.49- 56.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os deveres Fundamentais e a Solidariedade nas relações privadas**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, julho/dezembro de 2013.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Pública da Economia – RDPE** Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out-dez. 2007.

ONU BR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. **A Agenda 2030**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 10 Nov 2023.

PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) Relatório de Desenvolvimento Humano 2021/2022. Disponível em: <<https://hdr.undp.org/en/2022-human-security-report>>. Acesso em: 20 de nov 2023.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Solidariedade e Deveres Fundamentais da Pessoa Humana**. Special Workshop: VII Jornada Brasileira de Filosofia do Direito. Belo Horizonte, 2013.

SANTOS, R. S. R., & NOLASCO, L. G. (2022). A utilização do compliance no viés da sustentabilidade. **Revista jurídica direito, sociedade e justiça**, 9(13), 111–119. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/6983>. Acesso em: 20 Out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p.138-228.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. “A função social da empresa”. In: WALD, Arnold (org.). Direito empresarial: direito societário, vol. 2. Edições especiais **Revista dos Tribunais 100 anos**. São Paulo: RT, 2011

ZENKNER, M. (2023). Função social da empresa e integridade corporativa: sistema regulatório e repercussões de sua inobservância do ponto de vista dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. **Revista De Direitos e Garantias Fundamentais**, 24(2),67–96.

VIEIRA, J. de S. R. (2020). Cidades Sustentáveis / Sustainable Cities. **Revista De Direito Da Cidade**, 4(2), 1–39. <https://doi.org/10.12957/rdc.2012.9710>.

DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO BRASILEIRO NO FOMENTO À CULTURA E O CORRELATO DIREITO FUNDAMENTAL DOS REFUGIADOS: UM ESTUDO FENOMENOLÓGICO.

FUNDAMENTAL DUTY OF THE BRAZILIAN STATE IN PROMOTING CULTURE AND THE CORRELATED FUNDAMENTAL RIGHT OF REFUGEES: A PHENOMENOLOGICAL STUDY

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes¹

Daury Cesar Fabriz²

RESUMO

Trata-se de um estudo fenomenológico a partir de uma análise teórica do tema da cultura aliada a uma interpretação sistemática da Constituição Federal, consubstanciada nas premissas insculpidas no seu artigo 5º, que estabelece a igualdade entre brasileiros e estrangeiros como titulares de direitos e deveres fundamentais; bem como no seu artigo 215, que preconiza que a cultura é um direito de todos e um dever do Estado promover o seu pleno exercício por todos. Portanto, dada a envergadura do tema e sua previsão constitucional, desvelou-se que esse múnus público estatal pode ser definido como um dever fundamental do Estado brasileiro no fomento à cultura.

Palavras-chave: Dever fundamental. Refugiados. Direito fundamental à cultura.

ABSTRACT

This is a phenomenological study based on a theoretical analysis of the theme of culture combined with a systematic interpretation of the Federal Constitution, regarding the premises described in its 5th article that establish equality between Brazilians and foreigners as holders

1 Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Público e Tributário pela Universidade Candido Mendes (RJ) e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (RJ). Advogado e professor universitário. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5426-6267>. E-mail: jbguedes8@yahoo.com.br.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998), graduado em Direito pelo Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha (1988), graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (1994). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3781-5890>. E-mail: daury@terra.com.br.

of fundamental rights and duties; as well as its article 215, which recommends that culture is a right for all and a duty of the State to promote its full exercise by all. Therefore, it was revealed the existence of a fundamental duty of the Brazilian State in promoting culture.

Keywords: Fundamental duty. Refugees. Culture fundamental right.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa científica em tela aborda o direito fundamental à cultura insculpido na Constituição Federal, nomeadamente sob o prisma dos refugiados, aqui englobadas todas as pessoas que já possuem tal status ou que se encontram em deslocamento forçado ou situação de apátridas em solo nacional.

Diante disso, a análise tem como foco o direito de todas essas pessoas em situação de deslocamento forçado que buscaram no Brasil um porto seguro após serem compelidas por motivos de perseguição por questões religiosas, de orientação sexual, de crenças, de local de nascimento, de violação de direitos humanos, por não possuírem uma pátria, ou por conta de catástrofes climáticas tiveram de deixar tudo para trás na condição de estrangeiro estão, à luz de uma hermenêutica constitucional consubstanciada em uma interpretação sistemática, abarcadas pelo emblemático artigo 5º do texto magno.

Portanto, tal como os brasileiros fazem jus aos relevantíssimos direitos insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal esse grupo de pessoas também os possuem e devem assim ser considerados pelo Estado brasileiro: sujeitos de direitos e de deveres.

Ademais, quando o artigo 215 da Lei Maior preconiza que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, o constituinte originário também aqui envolve os refugiados neste rol de legitimados.

Logo, a partir da conjugação destes artigos buscou-se realizar um estudo científico consubstanciado em uma análise teórica do tema, no intuito de desvelar se o dever estatal preconizado na Constituição Federal poderia ser considerado um dever fundamental correlato ao direito fundamental à cultura que os refugiados fazem jus no Brasil. Aqui, portanto, residiu o problema de pesquisa.

Desse modo, à luz da teoria dos deveres fundamentais, almejou-se realizar uma interpretação constitucional para aferir a natureza jurídica desse encargo estatal de fomento à cultura, no sentido de verificar se o mesmo poderia ser classificado como um dever fundamental.

A este respeito assinala-se que a hipótese trazida na pesquisa foi no sentido afirmativo com o emprego do método empregado na pesquisa. Sobre este quesito,

merece ser destacado que em se tratando de um artigo científico que busca ilustrar o cenário enfrentado na contemporaneidade pelas pessoas em situação de refúgio no país e analisar juridicamente qual a natureza da responsabilidade estatal na sua efetivação no mundo da vida, optou-se pelo emprego do método fenomenológico.

Portanto, um dos objetivos do estudo foi ter como base a fenomenologia, que é considerada como um método científico baseado na intencionalidade, que descortina o ente, elucidando os fenômenos consoante sua aparição à consciência de modo a sustentar com critérios técnicos a hipótese trazida, conforme será verificado no decorrer do estudo.

No desenvolvimento deste artigo, o alcance da resposta à pergunta lançada teve como embasamento as consagradas doutrinas nacionais e internacionais de modo a possibilitar técnica e juridicamente apresentar-se uma conclusão.

Neste sentido, observa-se que o eixo central da pesquisa reside no tema dos deveres fundamentais e expoentes internacionais sobre a matéria foram invocados (exemplificativamente José Casalta Nabais e Gregório Pecés- Barba Martinez). Ademais, a nível nacional, a base para a defesa dos argumentos que construíram a conclusão emergiu do conceito de deveres fundamentais cunhado no Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (que é uma referência a nível de pós-graduação *stricto-sensu* no país sobre o tema de deveres fundamentais) e nos estudos desenvolvidos naquele *locus*.

Diante disso, na trajetória do estudo, foi possível tecnicamente com embasamentos no texto constitucional desvelar que há um dever fundamental do Estado Brasileiro em prover a cultura aos estrangeiros em situação de refúgio no Brasil, correlato ao direito fundamental à cultura ao qual esses estrangeiros fazem jus. Tal direito uma vez efetivado, garantirá dignidade, acolhimento, interiorização e será ferramenta de grande valia na promoção da inclusão social deste grupo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO NO BRASIL

Preliminarmente, nesta etapa do trabalho aponta-se que a temática da crise migratória é um dos maiores problemas enfrentados pela humanidade no período pós-Segunda Guerra Mundial, embora o fenômeno da marcha migratória seja histórico.

Fato é que nos dias atuais, lamentavelmente, essa crise atinge números nunca antes vivenciados e consoante dados da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de conteúdo veiculado pela sua Agência para Refugiados (ACNUR)¹, estima-se que o número de pessoas deslocadas por guerra, perseguição, violência e violações de direitos humanos em todo o mundo teria provavelmente ultrapassado 114 milhões no fim de setembro de 2023.

São pessoas que foram obrigadas a deixar tudo para trás: família, amigos, casa, emprego, documentos, memórias, sonhos, de forma compulsória em cenários extremamente dramáticos e de profunda desumanização.

No âmbito do Brasil, que tem a tradição de ser um país acolhedor de migrantes, inclusive de refugiados (RODRIGUES, 2019, p. 40), houve um acréscimo nos índices de pleitos de refúgio em 2022.

De acordo com o conteúdo veiculado pelo Ministério da Justiça, o Comitê Nacional para refugiados (CONARE), na 8ª edição do refúgio em números (2022), indicou que entre os anos de 2011 e 2022, um total de 348.067 pessoas solicitaram refúgio no Brasil. Deste quantitativo, somente em 2022, foram protocolados 50.355 mil pedidos desta natureza e existiam 65.840 pessoas reconhecidas como refugiadas no Brasil no final daquele ano.

As pessoas em situação de refúgio são aqui consideradas aqueles que devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio no Brasil, nos termos da Lei n.º 9.474/97, que demonstra estar alinhada com as normas internacionais.

O estudo em tela abarcará o direito fundamental à cultura daqueles que já possuem o status de refugiado no país e todos aqueles que compulsoriamente foram obrigados a deixar seu país e os apátridas em solo nacional (pessoas em situação de refúgio) e se o dever estatal no cumprimento deste direito pode ser definido como um dever fundamental. Trata-se, então, de um recorte macro: para além de abarcar os refugiados, a pesquisa se debruça sobre o direito dos migrantes solicitante de refúgio que ainda não tiveram esse status de refugiado alcançado, bem como os apátridas e os deslocados ambientais.

Importante destacar que o emblemático artigo 5º da Constituição Federal estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros os direitos ali insculpidos. Embora o constituinte originário tenha incluído a expressão “residentes no país” após a palavra “estrangeiros”, a Constituição Cidadã garante a proteção de todos os estrangeiros no país, inclusive dos turistas.

Observa-se, preliminarmente a título exemplificativo que há alguns direitos que apenas nacionais podem exercer, nomeadamente quando, a “liturgia do cargo” ou a função exigir o fato de ser brasileiro nato. Entretanto, o texto magno é garantista e busca abarcar o maior número possível de destinatários de direitos e garantias fundamentais.

Logo, por meio de um exercício de hermenêutica constitucional extensiva aliado à conclusão de um silogismo envolvendo tais premissas, desvela-se que as pessoas em situação de refúgio, enquanto estrangeiros em solo nacional, fazem jus a um tratamento igualitário em relação aos nacionais brasileiros e devem ter seus direitos fundamentais protegidos pelo Estado brasileiro.

Aqui portanto, já se nota a previsão constitucional e a magnitude do tema, demonstrando a preocupação do direito, *in casu*, do constituinte originário na promoção da igualdade, o que indica a pertinência jurídica do assunto em comento.

Já em sede de seu artigo 215, a Constituição Federal, estatui que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Aqui se encontrará o direito à cultura, de titularidade tanto de brasileiros como de estrangeiros no país e que tem o rótulo de direito fundamental, pois os direitos fundamentais são direitos de igualdade, universais e não de desigualdade (ANDRADE, 2009, p. 22).

O Estado brasileiro ao garantir a todos o exercício dos direitos culturais, assim preocupa-se com o estrangeiro em solo nacional e com o desenvolvimento social deste grupo, desvelando-se sob mais um prisma, que o tema se encontra abarcado pelo direito e com o status constitucional.

Neste ponto, quando a Lei maior estabelece que o exercício do direito à cultura em sua plenitude é titularizado por todos, também vai englobar os estrangeiros que estejam em solo nacional e por conseguinte as pessoas em situação de refúgio. Trata-se de um direito que esse grupo de indivíduos faz jus e que lhes trará dignidade. Afinal, a dignidade da pessoa exige condições de vida capazes de assegurar a liberdade e o bem-estar (MIRANDA, 2008, p. 210).

Deve ser enfatizado mais uma vez, a envergadura do tema a ponto de estar catalogada no texto constitucional de 1988 e a importância da previsão do tema na lei maior. Afinal, todas as outras leis que vierem a abordar a temática deverão estar em sintonia com a Constituição sob pena de serem expurgadas do mundo jurídico. Observa-se que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às demais (BARCELLOS, 2022, p. 21), pelo que alteração normativa dessa matéria apenas seria possível por meio do veículo normativo Emenda à Constituição.

Destaca-se, inclusive, que o direito à cultura é um direito fundamental (SILVA, 2007, p. 139) e como salientado, no âmbito brasileiro, catalogado, inclusive, na Constituição Federal e com traços de universalidade de destinatários.

Visto que os direitos fundamentais devem ser garantidos aos brasileiros e estrangeiros, na busca pela igualdade previsto no artigo 5º da Constituição e que há um direito fundamental à cultura titularizado por todos e a ser fomentado pelo Estado

brasileiro, restou-se descortinado que as pessoas em situação de refúgio possuem um direito fundamental à cultura.

Afinal, uma hermenêutica constitucional, a partir de uma interpretação sistemática do texto permite chegar-se a esta conclusão. Há uma clara sustentação legal e presente na Lei Fundamental brasileira que se funda na igualdade e na solidariedade que permitem tecnicamente aferir-se tal fato.

Uma vez embasado juridicamente que as pessoas em situação de refúgio no país fazem jus ao direito fundamental à cultura, o passo subsequente será verificar qual a natureza jurídica da responsabilidade estatal na efetivação deste direito fomento a este direito. Desta feita, será analisado que esse encargo Estatal em garantir o pleno exercício deste direito pode ser classificado como um dever fundamental.

3 DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO BRASILEIRO NO FOMENTO À CULTURA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO

A partir dos dados trazidos acima, foi possível tecnicamente definir que as pessoas em situação de refúgio são titulares, tal como todas as outras pessoas em solo brasileiro, do direito fundamental à cultura. Ademais, há subsídios jurídicos na Constituição Federal e em relevante doutrina nacional especializada que permitiram tal assertiva ser construída. Parte agora este artigo, para tratar do encargo do Estado brasileiro em prover esse direito.

Há de se destacar que ao tratar das classificações de direitos fundamentais, desvelou-se uma diferenciação defendida na doutrina portuguesa que pontua uma diferença entre aqueles que exigem uma postura de não-interferência estatal e outra que exige uma ação positiva do Estado:

A tal cresce que os direitos fundamentais não se esgotam nessa “dimensão negativa” (de não-interferência do Estado) e em “deveres de proteção”, uma vez que também há direitos fundamentais que pressupõem uma “ação positiva” do Estado, como é o caso, entre muitos outros do direito enunciado no artigo 65º, da Constituição de 1976 - todos têm direito a uma habitação adequada (ALEXANDRINO, 2007, p. 21).

Em que pese o autor supracitado referir-se ao direito à habitação à luz da Constituição da República Portuguesa, é possível que seja arrendada tal teoria para o direito à cultura previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988. Nesse caso, todas as pessoas possuem este direito e o constituinte exige uma ação positiva estatal para a sua consecução.

Neste sentido, em havendo um direito fundamental à cultura cuja titularidade é de todos, como observado, as pessoas em situação de refúgio fazem jus a este direito. A sua efetivação, inclusive, será ferramenta de suma importância na adaptação desse grupo no país e na elevação de sua autoestima, uma vez que poderão ser incluídas no seio social e se sentir de fato sujeitos de direitos. Cabe, portanto, ao Estado prover esse direito fundamental à cultura.

Esse atributo estatal, conforme salientado está previsto na própria Constituição conferindo, portanto, um status de grande envergadura ao tema, uma vez que os direitos cuja satisfação se exigem são considerados fundamentais.

Portanto, mister se faz de modo a se buscar concluir a pergunta trazida no artigo, apontar qual a natureza jurídica dessa ação estatal no fomento à cultura das pessoas em situação de refúgio no país.

Diante disso, em se tratando de um tema que guarda direta relação com um direito fundamental insculpido na Constituição Federal, o encargo do Estado nesse caso pode ser definido como um dever fundamental a partir de análises jurídicas e doutrinárias abaixo expostas.

Na conceituação de dever fundamental, merece ser sublinhado aquele que foi cunhado no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” da Faculdade de Direito de Vitória – FDV2:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

O conceito citado revela um tema alçado a nível constitucional, que tem como premissa a solidariedade e que terá o fito de promover direitos fundamentais. Neste sentido, serão submetidos a condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem jurídica.

O caso enfrentado nesta pesquisa corresponderia exatamente ao que fora citado acima, quando se está diante de um dever estatal atrelado a um direito fundamental do cidadão. Logo, se este dever também está insculpido no texto magno e a ação positiva é atribuição estatal, mostra-se possível a definir como um dever fundamental do Estado.

Ou seja, se existe a necessidade da efetivação de um direito fundamental e exige-se uma necessidade de sua efetivação, há um dever fundamental correlato ao direito fundamental à cultura. Sobre o tema, é possível notar a existência de deveres conexos com direitos fundamentais e deveres fundamentais não autônomos (CANOTILHO, 2003, p. 533).

Nesse caso a partir da doutrina do ilustre constitucionalista lusitano, estar-se diante de um caso de dever fundamental conexo a um direito fundamental, pois como

salientado, a própria Constituição Federal prevê a existência desse direito, devendo, então, o Estado o promover.

Sobre o conteúdo dos deveres fundamentais convém colacionar a seguinte doutrina:

Uma construção racional dessas correntes contratualistas permite justificar a existência de um modelo de deveres recíprocos na própria origem da sociedade política e do Estado, em uma situação comunicativa ideal. Os deveres serão dos cidadãos e dos governantes e se explicam entrelaçando a origem do poder e a sua função e o papel que os cidadãos desempenham.

[...]

O dever do poder político, das instituições, dos operadores jurídicos será procurar essa salvaguarda da segurança, da liberdade e da igualdade e o dever dos cidadãos de uma sociedade assim constituída na qual eles possam participar da elaboração desses propósitos, será o de obedecer ao direito em consequência da ação do poder político. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 337)

Ademais, acerca da fundamentação lógica dos deveres fundamentais, destaca-se que os deveres fundamentais são expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana (NABAIS, 2005, p. 6). Aqui é possível no caso em tela, aliar o pleno exercício do direito à cultura pelos refugiados como um ato que lhes garantirá inclusão, visibilidade e dignidade.

Foi possível, então, sob o prisma do direito, a partir de uma análise do texto constitucional e amparada em doutrina especializada no tema de deveres fundamentais por meio deste estudo, que o constituinte originário trouxe esse múnus ao Estado brasileiro: o de fomentar a cultura para todos.

Aferiu-se, tecnicamente, que a essa atribuição estatal no âmbito do direito pode ser definida como um dever fundamental. Ademais, de forma mais minuciosa verificou-se que há um dever fundamental estatal conexo a um direito fundamental à cultura das pessoas em situação de refúgio. O pleno exercício deste direito, lhes trará dignidade.

Aqui, nota-se que a fenomenologia, que designa uma ciência, uma conexão de disciplinas, o método especificamente filosófico (HUSSERL, 2015, p. 44), permite o desvelamento do problema de pesquisa neste sentido.

4 MECANISMOS DE AÇÕES DE FOMENTO À CULTURA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO NO BRASIL

A situação dos refugiados é de extrema vulnerabilidade, afinal, são vítimas de profundos atos de desumanização e o que buscam em um novo Estado é o direito a ter direitos em uma situação de dignidade.

Nos termos do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A referida Declaração almeja trazer dignidade humana e a justiça aos indivíduos, em qualquer lugar e a qualquer tempo.

Em um período no qual os muros constituídos pelos controles de imigração, as leis de residência, a política de ‘ruas limpas’ e de ‘tolerância zero’ ficaram mais altos (BAUMAN, 1999, p. 97), aliado ao fato de que ao chegarem em seu destino são olhados com desaprovação, quando não são presos e deportados (BAUMAN, 1999, p. 98) uma acolhida humanitária e um eficiente processo de interiorização se mostram ações de extrema solidariedade e de inclusão.

O Brasil, cuja Constituição Federal dialoga com os preceitos da Organização das Nações Unidas, com a DUDH e possui leis migratórias consideradas de vanguarda e afinadas com as normas internacionais migratórias, se preocupa em acolher as pessoas em situação de refúgio e conceder-lhes o amparo necessário para a retomada de suas vidas. Registra-se que no âmbito das três esferas: federal, estadual e municipal (para além do Distrito Federal), diversas ações de fomento à cultura são realizadas de norte a sul do país.

A título exemplificativo, alguns *cases* de sucesso realizado no Brasil podem ser invocados como ações efetivas de fomento à cultura por parte dos três entes da federação: caso do evento realizado no Estado do Rio de Janeiro: a feira multicultural “Refúgio em foco”, organizada pela municipalidade do Rio de Janeiro e que envolve gastronomia, arte e artesanato. Para além de ser um locus no qual os refugiados possam realizar trocas de conhecimento, se sentirem pertencendo à comunidade, também podem empreender, vez que se faculta a apresentação de seus trabalhos artísticos e produtos expostos à venda. Trata-se de uma ação estatal de fomento à cultura e que permite a dignidade a esses indivíduos que tiveram que lutar em árduas rotas terrestres, marítimas ou aéreas na luta pela sobrevivência.

Em São Paulo, destaca-se que há o “Plano Municipal de Políticas para Imigrantes” implementado para o período de 2020 a 2024, no qual, inclusive, há um eixo específico para a Cultura, no qual se objetiva a “promoção do direito à cultura, à cidadania cultural, a uma cultura de valorização da diversidade e à interculturalidade”. Há ainda, na localidade, casos de eventos culturais realizados com o apoio do SESC

e organização da ACNUR, como é o caso da “Mostra cultural com refugiados”, que se descortina como uma importante ferramenta de diálogo trazendo visibilidade aos refugiados e a possibilidade de diversas trocas culturais e inclusão social.

Em Minas Gerais, a ação da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, ocorrida em 24/06/2023, “Feira Cultural dos Refugiados” desempenhou um notável papel na busca para dar visibilidade à cultura dos migrantes e refugiados na localidade, reforçando a sensação de pertencimento do grupo na municipalidade inserida.

Outros diversos casos de apoio à cultura e ao refugiado no Brasil são notados, como por exemplo em Belém, no Pará, quando a Prefeitura no dia mundial do refugiado, promove atividades de integração cultural, com ações de abrigo, apoio escolar e linguístico, oficinas de capacitação profissional e cursos de com o propósito de auxiliar este grupo na sua inserção ao mercado de trabalho. No âmbito desportivo um já tradicional evento é o torneio de futebol “Copa dos Refugiados e Imigrantes”, que ocorre no Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo. Trata-se de uma ferramenta de ponte, de inclusão de construção e de dignidade humana.

Nesse contexto, nota-se que o Estado brasileiro por meio de tais ações, busca atender ao disposto na Lei n.º 13.445 (Lei de migração), como pode-se exemplificar no atendimento aos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não criminalização da migração; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; acolhida humanitária; desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas.

O Estado brasileiro, portanto, demonstra a realização de ações no intuito de cumprir o seu papel no fomento à cultura. Mas, obviamente, sempre é possível melhorar índices e fazer um ainda maior número de eventos culturais na busca pela eficiência administrativa e no cumprimento de sua missão constitucional, *in casu*, de fomento à cultura.

O fluxo migratório em massa que é uma realidade dos dias atuais deve ser enfrentado com solidariedade entre os povos e não com mais exclusão e com muros:

Os problemas gerados pela “crise migratória” atual e exacerbados pelo pânico que o tema provoca pertencem à categoria dos mais complexos e controversos: neles, o imperativo categórico da moral entra em confronto direto com o medo do “grande desconhecido” simbolizado pelas massas de estranhos à nossa porta. (BAUMAN, 2017, p. 104).

Importante salientar a importância tanto da igualdade quanto do direito à cultura como direito de todos estarem catalogados na Constituição. O fato de ambas as temá-

ticas constarem expressamente da Constituição, demonstram um direito fundamental dos cidadãos e um dever fundamental do Estado na sua promoção. Afinal, o direito existe para ser aplicado (SILVA, 2007, p. 17).

Neste sentido em havendo um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal e um dever correlato do Estado a este direito, a presente pesquisa tecnicamente aferiu a natureza jurídica de tal encargo estatal como um dever fundamental.

Em se tratando de um artigo jurídico técnico e científico, e sublinhando que todas as ciências caracterizam-se pela utilização de métodos científicos (MARCONNI; LAKATOS, 2003, p. 83), esta pesquisa optou por empregar o método fenomenológico em sua estruturação.

Exatamente pela fenomenologia que significa estudo dos fenômenos, isto é, daquilo que aparece à consciência, daquilo que é dado à consciência, da exploração da “volta às coisas mesmas” que os indivíduos percebem, sobre aquilo que pensam, daquilo em que falam, evitando fazer suposições (LYOTARD, 2015, p. 9, tradução livre) o desenvolvimento do artigo acadêmico se procedeu.

Assim, por meio do método fenomenológico, foi possível descortinar que o fomento à cultura por parte do Estado em respeito ao exercício do direito fundamental que as pessoas em situação de refúgio no país possuem, apresenta-se como um dever fundamental.

Observa-se que esta pesquisa analisou o direito à cultura pelos refugiados como um elemento de inserção social. Portanto, o Estado ao cumprir o mandamento constitucional de garantir seu pleno exercício por todos estará a atingir o desiderato de um agir solidário, cumprindo, então, um dos objetivos republicanos. O constituinte garantiu esse direito fundamental a todos e exigiu do Estado o fomento para seu pleno exercício. Logo, em sendo um direito fundamental social, o ônus correlato do Estado também se desvela como dever fundamental, afinal, é extraído do próprio texto magno.

Em se tratando de pessoas em quadro de extrema vulnerabilidade que em alguns casos não possuem uma pátria ou sequer documentos, o Estado deve propor projetos sociais sem que haja uma demasiada burocracia sob pena de “engessar” o acesso à cultura, como por exemplo exigência de uma gama de documentos oficiais, títulos ou comprovantes de residência por exemplo para usufruir de tais direitos.

Como medida de implementação desses direitos a esses indivíduos, o Estado pode se propor a organizar as feiras culturais internacionais, eventos esportivos, culinários, musicais e conferir a este grupo de indivíduos por exemplo políticas públicas inclusivas em cinemas, teatros e atividades culturais em geral. Ademais, poderia, ainda, o Estado, propor benefícios fiscais às empresas responsáveis pela produção de shows culturais que realizassem a inclusão dos refugiados seja dando-lhes espaço para trabalhar ou mesmo para assistir enquanto espectador a esses eventos.

Em síntese, ao direito fundamental dos refugiados há um conexo dever fundamental estatal na sua promoção e em ocorrendo a sua aplicabilidade, a esperada solidariedade que é uma das balizas do texto maior, restará observada e haverá a inclusão social das pessoas em situação de refúgio no país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico buscou realizar uma análise acerca do direito fundamental à cultura no Brasil por parte das pessoas em situação de refúgio e do seu correlato encargo de o efetivar por parte do Estado.

Consoante exposto, demonstrou-se que a matéria é de grande envergadura encontrando-se expressamente prevista na Constituição Federal, apontando-se assim, a pertinência do estudo em tela.

Nesta linha, a pesquisa jurídica aqui trazida, em um primeiro momento indicou que a Constituição Federal em seu emblemático artigo 5º trouxe as garantias fundamentais e com base na igualdade, garante tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros a proteção de seus direitos.

Na altura, com o emprego de uma interpretação científica sistemática da Constituição Federal, embasou-se juridicamente que os refugiados e as pessoas em situação de refúgio estão abarcados nesse dispositivo.

Ademais, a partir de uma hermenêutica constitucional, verificou-se que todos possuem o direito à cultura no país, consubstanciado no que estabelece o artigo 215 da Constituição Federal. Aqui mais uma vez as pessoas em situação de refúgio devem ser incluídas no rol de titulares desse direito.

Por oportuno, vez tratar-se de um assunto que envolve um grupo de pessoas vitimadas por uma das maiores crises humanitárias dos últimos cem anos, optou-se por demonstrar-se cientificamente, que a Constituição Federal encontra-se em total consonância com os preceitos da DUDH e da ONU, de modo a, com base na solidariedade promover a dignidade humana. As leis migratórias brasileiras, inclusive, como pontuado, protegem o estrangeiro e estão afinadas com as normas internacionais de proteção aos refugiados.

Portanto, restou juridicamente embasado o direito constitucional à cultura das pessoas em situação de refúgio, demonstrando que esse direito possui o status de direito fundamental nos termos da Constituição Federal e consoante o resultado da pesquisa realizada para a elaboração deste artigo advindo das renomadas referências teóricas citadas na pesquisa.

Ato contínuo, observou-se que o constituinte originário ao garantir a todos o direito fundamental à cultura, trouxe um encargo ao Estado brasileiro na sua

efetivação. Daí a pesquisa buscou averiguar qual a natureza jurídica desse ônus estatal.

A estruturação do artigo científico teve como sustentação o método fenomenológico, que uma vez empregado com base na intencionalidade, permitiu o alcance da resposta almejada. Desta feita, restou desvelado que o fenômeno do encargo estatal na promoção do direito fundamental à cultura no país é classificado como um dever fundamental correlato ao direito fundamental à cultura que todos os indivíduos são titulares no país com base no já citado artigo 215 da Constituição Federal.

A conclusão adveio de uma profunda análise técnica desenvolvida à luz da teoria dos deveres fundamentais consubstanciada nos subsídios citados no texto de importantes marcos teóricos do direito nacional e internacional.

Demonstrou-se, do mesmo modo, que este direito fundamental, uma vez sendo garantido aos refugiados será instrumento de grande valia e ferramenta de inclusão social desse grupo no seio da sociedade. Funcionará também, como modo de prover a esses indivíduos o sentimento de pertença no Brasil, uma vez que lhes será permitida a visibilidade social e a oportunidade de inserção na comunidade.

Além disso no que pertine ao modo de aplicabilidade deste direito fundamental, o trabalho preocupou-se em realizar uma análise concretista, trazendo alguns exemplos de atividades realizadas pelo Estado no mundo da vida, nas quais ele vem a cumprir este seu dever fundamental.

O Brasil, que tem como uma marca historicamente ser uma pátria acolhedora, no que tange ao fomento à cultura dos refugiados, está buscando cumprir o seu papel nas três esferas: federal, estadual e municipal. Consoante foi exemplificativamente citado no texto, há diversos programas estatais neste sentido o que demonstra a importância conferida ao tema. Contudo, cabe a ressalva que sempre é possível realizar um ainda maior número de ações e desenvolver mais políticas públicas de fomento à cultura dos refugiados, em busca do atendimento ao primado do interesse público, da eficiência administrativa, da dignidade humana e da solidariedade, consoante sugeriu-se no texto.

NOTAS DE FIM

-
- 1 Consoante veiculado no sítio eletrônico da referida agência. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2023/10/25/acnur-o-deslocamento-forcado-continua-a-crescer-a-medida-que-os-conflitos-aumentam/>. Acesso em 13 nov. 2023.
 - 2 O referido Grupo desenvolve suas pesquisas sobre o tema à luz dos deveres fundamentais das pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, esta pesquisa utiliza o referido conceito para estudar o dever do Estado. O emprego desse conceito nessa pesquisa se amoldaria ao caso, pois os deveres fundamentais são imputados “àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática” e em sendo o Brasil um Estado democrático de direito, o Estado que cria as leis a partir da vontade popular, também às leis, deve obediência, em especial à Lei Fundamental do país.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais. Introdução geral**. Estoril: principia, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de out. de 2023.

_____. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em 10 de out. de 2023.

_____. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em 10 de out. de 2023.

_____, Ministério da Justiça. CONARE. Refúgio em números, 8ª edição. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/refugio-em-numeros>. Acesso em 10 de out. de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2015.

LYOTARD, Jean-François. **La phénoménologie**. 2 ed. Presses Universitaires de France: 2015. Paris.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. - São Paulo : Atlas 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In: **Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de out. de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. Genebra.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/resources/publications>. Acesso em: 10 de out. de 2023.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales.** Doxa. Alicante, nº 04, p. 329-341, 1987. Disponível em: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-deberes-fundamentales-0/>>. Acesso em 10 de out. de 2023.

RODRIGUES, Gilberto M.A. **Refugiados: o grande desafio humanitário.** São Paulo: Moderna, 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura.** Coimbra: Almedina, 2007

NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E AS DIRETRIZES PARA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

NUEVA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y LINEAMIENTOS PARA EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO EN EL SIGLO XXI A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

*Roberto Antônio Darós Malaquias
Carlos Henrique Bezerra Leite*

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o constitucionalismo brasileiro em busca de uma reconstrução metodológica emergindo de uma nova hermenêutica constitucional para se adequar tardiamente as exigências oriundas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A nova hermenêutica constitucional se baseia em essencial compromisso com o parâmetro da igualdade entre os cidadãos, seguindo por um caminho republicano de interpretação do texto da Carta Magna em sentido aberto, amplo, participativo dos grupos e demais forças pluralistas. A relação que ocorre e se fundamenta entre o sistema jurídico e a sociedade exige a mediação do intérprete que expressa o significado da lei, dando-lhe voz e cognição. Foi utilizado o método dialético, com a proposta de discussão e releitura em busca da sedimentação dos parâmetros conceituais. A hermenêutica constitucional é definida como a atividade intelectual que estuda os fatos, os princípios para a compreensão dos institutos preceituados na Constituição, com a finalidade de expô-la ao entendimento da sociedade em geral. É a condensação de uma teoria científica que visa a interpretação da Carta Magna, utilizando-se de métodos e procedimentos a serem seguidos e desenvolvidos pelo intérprete, buscando extrair o legítimo significado e a abrangência da norma constitucional. Existe uma circularidade hermenêutica entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais, tendo em vista sua concretização no âmbito da sociedade.

Palavras-chave: hermenêutica; princípios; Constituição Federal.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo analizar el constitucionalismo brasileño en busca de una reconstrucción metodológica que surja de una nueva hermenéutica constitucional para

adaptarse tardíamente a las exigencias derivadas de la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. La nueva hermenéutica constitucional se basa en compromiso imprescindible con el parámetro de la igualdad entre ciudadanos, siguiendo una vía republicana de interpretación del texto de la Carta Magna en un sentido abierto, amplio y participativo de grupos y otras fuerzas pluralistas. La relación que se produce y se fundamenta entre el ordenamiento jurídico y la sociedad requiere de la mediación del intérprete que expresa el sentido de la ley, dándole voz y cognición. Se utilizó el método dialéctico, con la propuesta de discusión y relectura en busca de la sedimentación de parámetros conceptuales. La hermenéutica constitucional se define como la actividad intelectual que estudia los hechos, los principios para la comprensión de los institutos establecidos en la Constitución, con el propósito de exponerla al entendimiento de la sociedad en general. Es la condensación de una teoría científica que pretende interpretar la Carta Magna, utilizando métodos y procedimientos a seguir y desarrollar por el intérprete, buscando extraer el sentido y alcance legítimo de la norma constitucional. Existe una circularidad hermenéutica entre la Constitución y las normas infraconstitucionales, con miras a su implementación en el seno de la sociedad.

Palabras-clave: hermenêutica; princípios; Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

A primeira reflexão que fundamenta o ponto de partida para esta pesquisa é a cronologia do momento constitucional brasileiro. Assim como o estágio em que passa o constitucionalismo mundial, a perplexidade assola as sociedades de todo o planeta, surgindo o inevitável questionamento crítico: qual o caminho ideal a ser seguido pelo constitucionalismo brasileiro no século XXI?

Embora o constitucionalismo mundial tenha gerado um sentimento de satisfação em acadêmicos, teóricos, doutrinadores, juristas e gestores públicos que o implementam, tendo em vista o grau de sofisticação atingido por essa disciplina nas últimas décadas, o que se observa muito mais contundente é a angústia em se vislumbrar o fim de uma época que traz uma perceptível ameaça a concepção de Estado-nação consolidado pelo tradicionalíssimo modelo de Constituição.

Isso ainda sem mergulhar na análise crítica nos novos tempos da cibersocialização que se expande rompendo barreiras delimitadas pelo Estado, desconstruindo o conceito de soberania nacional em busca de espaço no “metaverso” internacional e na construção de uma nova realidade social mundial.

A formação dos grandes blocos econômicos transnacionais ainda não possuem consenso global quanto aos benefícios de sua formação e as divergências seguem no sentido da previsibilidade de enfraquecimento do clássico modelo de constitucionalismo.

Na União Europeia a diretriz de buscar uma política unificadora para a adoção de uma Constituição única para todo o bloco foi veementemente rechaçada pela Fran-

ça e Holanda, alegando o enfraquecimento e fragilização das soberanias estatais. Portanto, a ideia de território europeu livre está distante de ser admitida pela maioria dos países do bloco e inviabilizada sua concretização.

Neste contexto internacional, o constitucionalismo brasileiro busca uma reconstrução metodológica emergindo de uma nova hermenêutica constitucional para se adequar tardiamente as exigências oriundas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, as carências constitucionais daí decorrentes fazem a sociedade brasileira amargar decepções no exercício da cidadania e se projetam no tempo há mais de 35 (trinta e cinco) anos de existência da mencionada Carta Magna, na esperança de resgatar o espírito patriótico de nosso povo, por intermédio de sua respectiva história para que se possa pleitear o devido lugar de destaque e a inserção da sociedade brasileira no cenário internacional.

Mas antes de se iniciar quaisquer raciocínios críticos profundos, torna-se necessária a fixação de conceitos fundamentais para a perfeita cognição deste artigo que se propõe a delinear os contornos da nova hermenêutica constitucional. Desta forma, hermenêutica significa o exame do saber sobre os pressupostos, a metodologia e a interpretação do direito.

Assim, esta pesquisa adotará como parâmetro conceitual, a origem grega da palavra hermenêutica que significa a ciência da interpretação e explicação de um texto ou discurso, buscando o descobrimento e a fixação dos princípios que regem a atividade interpretativa, inclusive buscando entendimento na fundamentação de Peter Häberle (2002, *passim*), em que a hermenêutica é integrada a uma sociedade pluralista, afirmando que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” (Häberle, 2002, p. 32), posto que, o ato interpretativo de uma norma jurídica visa a sua integração à realidade pública na respectiva cronologia como nação livre.

Neste mesmo espectro analítico, foi analisada e adotada também a base conceitual de hermenêutica, seguindo os parâmetros teóricos de Friedrich Müller (2003, p. 36) que adota “pautas axiológicas mais amplas e flexíveis”, a fim de possibilitar aos operadores do Direito e demais intérpretes um ajustamento às necessidades cada vez mais complexas de nossa sociedade.

Ao tratar sobre interpretação utilizando um exemplo metafórico, verifica-se que as origens da hermenêutica estão vinculadas à remota mitologia greco-romana, narrando que o mais veloz e ágil dos deuses olímpicos – Hermes – o filho mais amado de Zeus, rei dos deuses e senhor do Olimpo, que teve com a ninfa Maia, foi nomeado o “mensageiro dos deuses”, encarregado de levar as mensagens dos homens aos deuses e o retorno da resposta interpretativa aos questionamentos, as lamúrias e os pedidos humanos.

Desta forma, o significado original da palavra “hermenêutica” advém do idioma grego “*hermeneuein*”, no sentido de “tradução e interpretação de textos filosóficos para linguagem acessível à cognição humana”. Esta é a explicação mitológica utilizando a figura do Deus Hermes que assumiu a posição de mensageiro divino, intérprete da expressividade filosófica transmitida aos seres humanos, atribuindo-lhe esse enorme poder. Anteriormente tinha como principal atividade ser apenas o “guia das almas” condenadas para o submundo, no reino da escuridão de Hades.

Frise-se, ao realizar essa tarefa de “*hermeneus*”, o Deus Hermes transformou-se em poderoso intérprete da vontade divina, conquistando a total simpatia dos mortos mortais. A partir daí, essa interpretação ironicamente nunca mais permitiu que se conhecesse os legítimos desígnios de Zeus falando diretamente aos seres humanos, muito semelhante ao que ocorre atualmente entre cidadãos e o entendimento da efetiva vontade do legislador constituinte originário.

Eis aqui o grande dilema e a complexidade da hermenêutica constitucional e a busca pela essência jurídica contida na citação metafórica do Deus Hermes. Tradução, interpretação e hermenêutica são institutos distintos que podem ser utilizados equivocadamente ou de maneira insatisfatória, atribuindo sentido diverso ou divergente das diretrizes contidas na Carta Magna.

Portanto, percebe-se que a interpretação em geral, é uma atividade de mediação comunicativa que se submete a determinados riscos e se desenvolve como atividade científica de grande relevância jurídica e social.

2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A participação popular na vida pública, seja como membro das organizações estatais ou outras entidades públicas fundamentam o constitucionalismo contemporâneo.

A nova hermenêutica constitucional baseia-se em essencial compromisso com o parâmetro da igualdade entre os cidadãos, seguindo por um caminho republicano de interpretação do texto da Carta Magna em sentido aberto, amplo, participativo dos grupos e demais forças pluralistas. Esta referida participação não deve limitar-se apenas à atividade político-jurídica, mas integrar-se também na interpretação das normas.

A relação que ocorre e se fundamenta entre o sistema jurídico e a sociedade exige a mediação do intérprete que expressa o significado da lei, dando-lhe voz e cognição.

Desta forma, a hermenêutica constitucional é definida como a atividade intelectual que estuda os fatos, os princípios para a compreensão dos institutos preceituados na Constituição para expô-la ao entendimento da sociedade em geral.

Outro alerta para a perfeita cognição desta temática é o raciocínio no viés entre interpretação e hermenêutica que não são termos equivalentes ou de significado sinonímico. O ato de interpretação é a implementação e aplicação da hermenêutica, tendo em vista que a hermenêutica é a ciência que busca o descobrimento e a fixação dos princípios que regem a atividade interpretativa.

Portanto, a hermenêutica constitucional trata da condensação de uma teoria científica que visa a interpretação da Carta Magna, utilizando-se de métodos e procedimentos a serem seguidos e desenvolvidos pelo intérprete, buscando extrair e delinear o real alcance, o legítimo significado e a abrangência da norma constitucional.

Vale ressaltar que o poder constituinte originário é o “*mens legis*” (espírito da lei) que detém a legitimidade e o poder de criação da Constituição, sendo entendido como um emissor da mensagem constitucional, ou seja, o conjunto de diretrizes normativas que estruturam a nova ordem constitucional e o próprio Estado, definindo e garantindo os direitos fundamentais.

Posicionando-se no outro polo da relação comunicativa, encontra-se a sociedade como receptora do conjunto de diretrizes normativas constitucionais para que seja estabelecida a relação comunicativa que se submete à mediação do intérprete constitucional estabelecendo esta ligação entre os referidos dois polos comunicativos.

As lições de Paulo Bonavides afirmam que “não há norma jurídica que dispense interpretação”, detalhando suas ideias, afirma que:

(...) a Constituição Aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa, clássica e tradicional, do modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista. Seus resultados não foram bastantemente idôneos para debelar as crises do sistema. Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição, qual ela funciona, o instrumento da legítima vontade nacional e popular. Essa constatação se torna deveras preocupante, pois a decadência das formas representativas deriva também substancialmente de fatores éticos que envolvem o procedimento da classe política no poder ou fora do poder, em relação aos sentimentos do cidadão e da sociedade (Bonavides, 2000, p. 398).

Em abordagem inicial sobre hermenêutica constitucional, torna-se necessário enfatizar que a democracia participativa, conforme leciona Adriano Sant’Ana Pedra:

Existem quatro princípios cardeais que compõem a estrutura constitucional da democracia participativa: o princípio da pessoa humana, o

princípio da soberania popular, o princípio da soberania nacional e o princípio da unidade da Constituição, todos de suma importância para a nova hermenêutica constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Paulo Bonavides, fundamenta 'a totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a dignidade da pessoa humana como base da República significa o reconhecimento do indivíduo 'como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizadores. Esta compreensão justifica a vedação à pena de morte e perpétua (artigo 5º, inciso XLVII, 'a' e 'b', da CF de 1988, respectivamente), por exemplo. O princípio da soberania popular está gravado no artigo 14 da Constituição brasileira, constituindo um princípio fundamental da CF de 1988. O princípio da soberania popular sintetiza 'as regras básicas de governo e de organização estrutural do ordenamento jurídico, sendo, ao mesmo passo, fonte de todo o poder que legitima a autoridade e se exerce nos limites consensuais do contrato social. Através do princípio da soberania nacional, leciona Paulo Bonavides, é afirmado 'de maneira imperativa e categórica a independência do Estado perante as demais organizações estatais referidas à esfera jurídica internacional (...) O princípio da unidade da Constituição informa que as normas constitucionais devem ser sempre interpretadas de forma a evitar contradições internas, devendo o intérprete harmonizar as normas em tensão. A busca de harmonia entre as normas constitucionais é uma tarefa imprescindível ao intérprete constitucional, que encontra certas dificuldades na maioria das vezes, haja vista que 'nas sociedades pluralistas e democráticas, a diversidade de valores e ideias existentes na sociedade acaba refletida no texto constitucional, que acolhe normas potencialmente colidentes' (Pedra, 2018, p. 275-276).

Prossegue em seus ensinamentos afirmando que a busca da solução aos tensionamentos entre normas e doutrinas sedimenta-se na ponderação de bens ou valores atribuindo-lhes significação protetiva, em conformidade com a respectiva incidência da norma jurídica, tendo em vista que não existe uma predeterminação rígida na valoração do bem juridicamente tutelado (Pedra, 2018, p. 277).

Assim, "a nova hermenêutica afirma o seu compromisso com o ideal da igualdade e com a dimensão republicana que a concepção de 'interpretação aberta' traduz, procurando garantir a participação político-jurídica dos grupos e forças plurais" (Pedra, 2018, p. 278), como se tem observado na integração das democracias contemporâneas.

Ressalta também em suas lições sobre as transformações constitucionais que o estudo dessas mudanças deve especificamente considerar os seus limites, a fim

de que seja garantida a supremacia constitucional que se pleiteia, sendo protegidos aqueles valores de certeza e segurança jurídica, afirmando que:

Um dos instrumentos para se alcançar a necessária estabilidade da Constituição é a rigidez constitucional, que está relacionada com as limitações do poder reformador (...) e que se revela um importante instrumento da limitação jurídica do poder. Uma Constituição rígida prevê um procedimento dificultado, em relação ao procedimento previsto para as leis infraconstitucionais, para adições, supressões ou alterações no texto constitucional. Por outro lado, a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos. Deve ser assim porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, objetivando o seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, o Estado também deve evoluir (Pedra, 2018, p. 229).

Conclui o raciocínio (Pedra, 2018, p. 230) afirmando que as normas constitucionais não são perfeitas, pois que estão em constante interação e dependência, ou seja, cada texto constitucional é um elemento de transformação social, estando em constante mutação, compilando o sentimento nacional no momento de seu nascimento, sem previsão de futuro, apenas aquelas necessidades previsíveis, pois que a excessiva elasticidade prejudicaria a segurança jurídica.

Em contraponto, as mudanças constantes e exageradamente postas, ocasiona a erosão da consciência constitucional, criando um estágio depreciativo que causa indiferença popular em relação à Carta Magna.

Desta forma, verifica-se que a atividade hermenêutica está sempre diante de um caso específico. O ato de interpretar é sempre concreto, ou seja, trata-se de atividade que decorre da análise de caso em que se almeje uma decisão.

A ciência hermenêutica, essencialmente, tem por objeto os enunciados e as fórmulas que serão utilizadas pelo intérprete. Assim, interpretar é explicitar, trazer luz, esclarecer, indicar o significado autêntico do vocábulo, em contexto gramatical ou político, reproduzindo em palavras inteligíveis um pensamento concretizado, demonstrando o autêntico significado de uma expressão ou conjunto gramatical normativo.

Assim, fica evidente a impossibilidade de aplicação da norma sem a devida interpretação que adquire seu perfeito sentido quando colocada em contraste com o sentido de sua aplicação. Embora a interpretação constitucional exija a observância de alguns critérios específicos diferentemente da hermenêutica de normas infraconstitucionais, os métodos e princípios interpretativos devem seguir os critérios clássicos da ciência hermenêutica.

Prossegue o mencionado autor fazendo uma importante abordagem sobre as “mutações inconstitucionais” afirmando sobre a temeridade que se apresenta quando a alteração informal da Constituição ultrapassa os limites toleráveis e permissíveis referente a elasticidade do texto constitucional, dizendo que:

(...) se tiene una situación de mutación constitucional inconstitucional (de ahora en adelante llamada simplemente mutación inconstitucional), que ocurre cuando el resultado de la alteración informal afronta el sistema constitucional. Infelizmente la mutación inconstitucional es verificada en la realidad vivida en las diversas constituciones. Un ejemplo de mutación inconstitucional evidenciado en la historia constitucional brasileña fue la investidura del mariscal Floriano Peixoto, entonces vice-presidente, en la Presidencia de la República, a pesar del artículo 42 de la Constitución brasileña de 1891 que prescribe que, ‘si en caso de vacante, por cualquier causa, de la Presidencia o la Vice-Presidencia, no hubiere aún transcurrido dos años del período presidencial, se procederá a una nueva elección’. A pesar del texto constitucional, el Congreso Nacional permitió que el vice-presidente asumiese, aunque la renuncia del presidente de la República hubiese ocurrido antes de finalizar el plazo de dos años. En el sentido aquí adoptado, la mutación inconstitucional asume una dimensión que abarca lo que la doctrina jurídica llama de falseamiento de la Constitución o quebrantamiento de la Constitución (Pedra, 2012, p. 39-61).

Neste estágio da análise crítica deste artigo científico, torna-se necessário trazer fundamentos conceituais sobre liberdade e democracia, nas lições de Roberto Antônio Darós Malaquias:

(...) entende-se que a democracia representativa é marcada por enormes contradições, com interesses individuais e coletivos das comunidades tão diversos e até mesmo opostos, tendo em vista que a ideia de ‘democracia’ requer uma base homogênea da população para se fundamentar uma teoria que garanta os direitos políticos de participação de todos os cidadãos na formação da opinião e da vontade políticas (Malaquias, 2015, p. 37).

Contextualizando o raciocínio sobre democracia, há que se observar o sentido axiológico das normas constitucionais que trata da ponderação de valores e da concretização de princípios preceituados na Carta Magna. Lecionando neste sentido, Luís Roberto Barroso afirma que:

É inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que

cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do § 4º do Art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam as normas que cuidam: a) da forma federativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos Poderes; d) dos direitos e garantias individuais. Todos os itens acima, não é difícil de constatar, estão ligados a algum dos princípios fundamentais do ordenamento, a saber: o princípio federativo, o princípio democrático e o princípio republicano (periodicidade do voto). Aliás, ao menos idealmente, a Democracia, a República e a Federação constituem, de longa data, o trinômio essencial do Estado brasileiro. É natural que esses princípios fundamentais, notadamente os que foram objeto de distinção especial no § 4º do Art. 60, sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional. Em seguida, vem os princípios gerais e setoriais. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios (Barroso, 2002, p. 198).

A concretização da norma constitucional no Brasil enfrenta diversas dificuldades quanto a sua interpretação e aplicabilidade, tendo em vista a carência de discussões técnicas, doutrinárias e jurisprudenciais. Se o constitucionalismo brasileiro ainda esboça seus primeiros passos, os debates também estão indefinidos quanto à concepção mundial sobre essa temática.

Sobre essa inquietação e necessidade de discussões acadêmicas, Gomes Canotilho, leciona que:

(...) uma teoria da constituição se pergunta, em geral, pelas condições de concretização de uma lei fundamental (debate sobre a facticidade e normatividade do direito constitucional e sobre os pressupostos da força normativa da constituição), à metódica constitucional interessa sobretudo clarificar o processo de concretização (aplicação, interpretação e controle) (Canotilho, 2001, p. 190).

Leciona o referido autor (Canotilho, 2001, p. 191) que a concretização da Constituição é o procedimento de densificação de regras e princípios constitucionais, demandando um processo que se inicia no texto da norma constitucional, desde o seu enunciado, até a norma jurídica transformando-se em resultado intermediário, tendo em vista que a descoberta da norma de decisão fundamentará a solução para os casos jurídico-constitucionais gerando, assim, o resultado final da concretização.

Peter Häberle publicou em 1975, a sua obra “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*), traduzida

por Gilmar Ferreira Mendes em 1977, que se transformou em ícone da literatura jurídica mundial quanto ao tema “Nova Hermenêutica Constitucional” (Häberle, 2002, *passim*) afirmando que o caminho viável para compreensão e aplicação do texto constitucional é a adoção de uma hermenêutica integrada com a sociedade pluralista, sendo que todo indivíduo que vivencia a Constituição se torna seu legítimo intérprete.

Prossegue lecionando (Häberle, 2002, p. 29) sobre a necessidade de rigorosa revisão metodológica para que seja superado o modelo fechado e tradicional de interpretação constitucional executado por magistrados, a fim de se evoluir para um novo sistema hermenêutico que inclua os cidadãos e os grupos de interesses, além do sistema público, órgãos estatais e a opinião pública. Desta forma, poderão ser constituídas as forças produtivas para atuarem como pré-intérpretes do texto normativo constitucional.

Häberle anteriormente afirmou que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” (Häberle, 2002, p. 12), tendo em vista que o ato de interpretar uma norma jurídica é integrá-lo à realidade pública, posicionando-o no respectivo tempo no ato da interpretação.

É parte integrante da interpretação a identificação dos legisladores que a estruturaram, inclusive sobre todas as forças ativas responsável pelo advento da criação da norma (*law in public action*). Essa expansão do grupo de intérpretes proposto por Häberle é decorrente da necessidade de integração das circunstâncias reais ao processo de interpretação no sentido de se buscar uma evolução do procedimento hermenêutico, exigindo uma ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, principalmente quanto à forma de participação das mencionadas forças ativas.

Faz-se necessária uma efetiva participação democrática para a legitimação do processo constitucional, propondo uma democratização da interpretação constitucional, ou seja, a hermenêutica constitucional da sociedade aberta. Seguindo o raciocínio do mencionado autor (Häberle, 2002, p. 32), a teoria da interpretação constitucional apresenta questões essenciais, a serem analisadas com maior profundidade por esta linha de pesquisa.

Desta forma, a análise da mencionada teoria deverá abordar os seguintes aspectos: as tarefas e objetivos da interpretação constitucional que tratam da justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, “harmonização”, força normativa, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada ao bem comum. Outro aspecto é relativo aos métodos que são os processos e regras de interpretação constitucional. Por último, a análise deve tangenciar os participantes da interpretação, diante de um contexto sistemático, abordan-

do sobre Constituição e realidade constitucional, incorporação das ciências sociais, das teorias jurídico-funcionais, dos métodos de interpretação voltados ao interesse público e o bem-estar geral. Esses são os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

O mencionado jusfilósofo (Häberle, 2002, p. 35) propõe uma tese na qual o processo de interpretação constitucional esteja potencialmente vinculado aos órgãos estatais, as potências públicas, aos cidadãos e à representação dos segmentos sociais de modo que não se delimite quantitativos de representações, devendo ser aberta a ampla participação e avesso a uma sociedade fechada em que participam apenas representantes formais do processo constitucional. Os critérios de interpretação constitucional participativa devem ser tão amplos quanto mais pluralista for a mencionada sociedade.

Uma importante explicação ministrada por Häberle sobre o conceito de interpretação constitucional está contida no fragmento de texto, a seguir:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm 'lebt', interpretiert sie auch [mit]*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas (Häberle, 2002, p. 13).

Leciona também (Häberle, 2002, p. 13-15) que o destinatário da norma deve ser um participante ativo em sua interpretação, tendo em vista que todo indivíduo que vive no contexto social regulado pela norma está, direta ou indiretamente, ligado ao

texto constitucional como seu legítimo intérprete, posto que não são apenas os intérpretes jurídicos a integrarem o processo hermenêutico, mas amplia-se a todos os participantes ativos.

Quanto a abordagem da legitimação sob a visão da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação, torna-se necessário ressaltar o seguinte enfoque de Häberle:

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da '*law in public action*' (personalização, pluralização da interpretação constitucional). Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela 'práxis'. Todavia, essa 'práxis' não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição (Häberle, 2002, p. 30-31).

Prossegue o mencionado autor (Häberle, 2002, p. 32) afirmando que os juízes não têm como negarem que interpretam a Constituição em virtude da esfera pública e da realidade fática que é decorrente da vinculação judicial à lei. Por isso, não há como admitir que sofrem influências, suportam expectativas, suportam pressões decorrentes das obrigações sociais. Mas não devem permitir que esses fatores ensejem ameaças à independência funcional.

Em contraponto, essas tendências e influências atuam como parte de um processo de legitimação, evitando que se inclinem para o livre arbítrio da interpretação judicial, o que seria extremamente temerário. Esse poderosa prerrogativa atribuída aos juízes somente é tolerada em virtude das outras funções estatais que se contrabalanceiam e a esfera pública pluralista que a fundamenta.

Portanto, tem-se explícita a derivação da tese que contém a afirmação de que todos os indivíduos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, inclusive aqueles que não se encontram no espectro direto dos efeitos na interpretação constitucional.

Desta forma, quanto mais extensa forem os efeitos da referida interpretação, sob o enfoque objetivo e metodológico, mais amplo deve ser o perímetro de abran-

gência dos participantes ativos do ato interpretativo constitucional, o que lhes garantirão legitimidade oriunda do princípio da unicidade constitucional.

Friedrich Müller trouxe enorme contribuição para a interpretação normativa com sua “teoria estruturante do direito” (Müller, 2013, *passim*), lecionando que o trabalho jurídico como um processo interpretativo a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações, nos textos normativos, atuam como uma teoria pós-positivista para a consolidação da hermenêutica constitucional. Tanto os juristas como os demais indivíduos estão vinculados pela atividade jurídica ao centro sistêmico da norma que consolida a democracia.

Prossegue (Müller, 2013, p. 35) afirmando que a ciência jurídica ainda não conseguiu definir as transformações históricas do direito. Apenas tem se preocupado com os diferentes métodos de reflexão e interpretação normativa, definindo as diversas concepções.

Entretanto, não conseguiu incluir adequadamente o componente histórico da formação da norma na atividade interpretativa, levando em consideração a realidade que a antecede que ficou consolidada e sua dinâmica, mas diante de diversas variáveis que se verificam na concretude de cada caso, evidentemente não poderiam ser preenchidas por este modo interpretativo de cognição do direito, lecionando que:

(...) normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que a subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão (Müller, 2013, p. 36).

Assim, segue afirmando (Müller, 2013, p. 38) que norma e decisão jurídica se complementam, tendo em vista a sua composição, ou seja, se a lei emana do povo e se transforma em centro sistêmico da ação jurídica, então é dedutível que a manutenção do respeito à norma somando-se ao compromisso dos juristas (magistrados, promotores e advogados) e demais operadores do direito, quanto à concretização dos objetivos da lei, certamente que será estruturada a almejada democracia.

Inocêncio Mártires Coelho leciona que as diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos devem abandonar os métodos antigos e adotar novos critérios que não se submetam a estrita literalidade do texto normativo, admitindo interpretações de natureza axiológica, possibilitando aos operadores do direito efetuarem um ajuste mais apropriado às necessidades da moderna hermenêutica constitucional, afirmando que:

Pois bem, em razão dessa nova compreensão da experiência normativa, operaram-se radicais mudanças nos domínios da hermenêutica jurídica, abandonando-se os antigos métodos e critérios de interpretação – que aprisionavam o aplicador do direito à estrita literalidade da lei, para se adotarem pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas, que permitissem aos operadores do direito ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais complexo e, por isso, cada vez menos propício a toda forma de arrumação (Coelho, 2010, p. 42).

Mas é bom que se ressalte sobre a completa impropriedade do intérprete da lei deduzir que poderá esvair-se na liberdade de dizer o conteúdo da norma de acordo com seu próprio entendimento pessoal, promovendo absurdas “mutações constitucionais” e interpretações criativas. Longe disso, deverá o hermeneuta seguir rígidos critérios técnicos orientados à segurança jurídica e aos parâmetros da separação de poderes, confirmando o “princípio da correção funcional” que deve se posicionar como uma rígido alicerce das bases da nova hermenêutica constitucional.

A interpretação constitucional deve se submeter à rígidos limites, tendo em vista a ideia de que promove profundas mudanças no sentido da norma jurídica, sendo inadmissível e inaceitável a criação de nova norma pelo intérprete.

Konrad Hesse traz sua importante contribuição na discussão do constitucionalismo moderno, lecionando sobre a força normativa da Constituição, em contraponto com a concepção de Constituição teorizada por Ferdinand Lassalle que fundamentou a “concepção mecanicista” das forças sociais com a Constituição. Hesse leciona sobre essa referida força normativa constitucional:

Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para a execução de seus preceitos (Hesse, 1991, p. 12).

Prossegue o mencionado autor (Hesse, 1991, p. 18) afirmando que a busca por uma resposta fundamentada demanda a análise do atendimento aos pressupostos para a eficácia da Constituição, a presença de um condicionamento recíproco que há entre a realidade político-social e a Constituição, além da identificação dos limites e das possibilidades de atuação quanto às questões jurídicas da Constituição.

Enfatiza o referido jusfilósofo (Hesse, 1991, p. 22) que a relação entre a ordenação jurídica e a realidade deve ser considerada reciprocamente dentro do contexto constitucional e político, tendo em vista que uma análise unilateral, segmentada, isolada, teria como decorrência uma resposta inadequada, posto que essa separação analítica entre o “ser” (*Sein*) e o “dever ser” (*Sollen*) não traz avanços quanto a interpretação e aplicação da norma constitucional.

Pontua também o mencionado autor que o pensamento constitucional por intermédio de teorias anteriormente sedimentadas como, por exemplo, o positivismo jurídico da “Escola de Paul Laband e Georg Jellinek”; o “positivismo sociológico” de Carl Schmitt.

Desta forma, acentua (Hesse, 1991, p. 25) a necessidade de evolução no sentido da Constituição ser vinculada a realidade social, mantendo-se integrada com as condições históricas, além de conectada a cada situação concreta, com a prudência de não extrapolar seus limites constitucionais, tendo em vista que a norma constitucional não tem existência autônoma em contraponto com a realidade.

Assim, a essência constitucional repousa em sua vigência que se concretiza na realidade da vida social que ela se propõe a efetivação e a regulamentação. E essa mencionada pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) deve ser associada às condições históricas de sua realização que, embora de naturezas distintas, estão irremediavelmente ligadas por uma relação de interdependência.

Vale ressaltar que a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não deve ser confundida com as condições de sua realização, mas como elemento autônomo, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social. Desta forma, a Constituição adquire força normativa na medida em que efetivamente realiza a pretensão de eficácia.

O Supremo Tribunal Federal (STF), vem consolidando entendimento no sentido de que o ordenamento normativo é essencialmente a sua própria interpretação, principalmente quanto à hermenêutica constitucional emanada do Poder Judiciário que trazem em sua concepção de sentença, a inalienável característica de definitividade, afirmando que:

a interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa (Brasil, STF, ADI 3239/2018).

3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Faz-se necessário frisar que existe uma atividade de circularidade hermenêutica entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, tendo em vista que a Carta

Magna se concretiza no âmbito da sociedade, ou seja, a hermenêutica constitucional segue diretrizes específicas que se fundamentam em sua concepção política.

Para isso, deve possuir um método próprio interpretativo guiado pelo princípio da unicidade, utilizando-se também das técnicas de interpretação jurídica, sendo a forma mais efetiva de se alcançar o conhecimento pleno e, sequencialmente, colocá-lo à disposição da aplicabilidade.

Mas antes de tecer comentários específicos sobre os métodos de interpretação constitucional, torna-se necessário a devida ressalva sobre a racionalidade na atividade hermenêutica apontada pelos métodos de interpretação do direito por intermédio dos critérios tradicionais de Friedrich Carl von Savigny, na Escola da Exegese (Savigny, 2017, *passim*).

O método gramatical, também conhecido como semântico ou literal, é aquele que atribui aos enunciados linguísticos a instrumentalização do esclarecimento ao significado das palavras e o devido valor semântico, extraíndo-lhe o significado das leis (Savigny, 2017, p. 180). Consiste em buscar o sentido literal ou textual da norma, devendo ser utilizado para um primeiro momento no ato de interpretação, tendo em vista que uma cognição rígida pode levar a entendimentos injustos.

O método lógico (Savigny, 2017, p. 180) leva em consideração o sistema normativo em sua totalidade e unicidade, a fim de extrair o significado das respectivas leis.

O método histórico (Savigny, 2017, p. 181), conhecido também como genético, tem em consideração os antecedentes históricos para apurar o essencial significado das normas. Savigny inseriu o elemento histórico na ciência hermenêutica como uma forma de garantir que a interpretação observasse as condições históricas do momento na elaboração da lei, tendo em vista que toda norma é decorrente de determinadas condições e circunstâncias históricas, em detrimento de sua aplicação por ocasião da utilização em outra época evolutiva.

O método teleológico (Savigny, 2017, p. 185), também chamado de finalístico, leva em consideração a razão de criação da norma, ou seja, sua finalidade para extrair o significado.

A mencionada Escola da Exegese de Savigny não tem sido a instrumentalização teórica suficiente para a interpretação constitucional. E assim, surgiram no mundo jurídico as concepções da nova hermenêutica constitucional, sob os parâmetros da intelectualidade dos neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. Os métodos de interpretação constitucional foram se sofisticando e aperfeiçoando, em análises jurídicas e filosóficas, quando associados aos princípios interpretativos, objetivam a mais eficiente e justa aplicação dos preceitos constitucionais, preservando a natureza unitária do texto constitucional.

O método jurídico ou hermenêutico-clássico (Gomes Canotilho, 2008, p. 128) que entende os critérios tradicionais da hermenêutica jurídica sendo aplicados plena-

mente às normas constitucionais, suficientemente satisfatórios quanto a interpretação clássica da Constituição, nos mesmos moldes daquela aplicada as leis infraconstitucionais.

O método tópico-problemático (Hesse, 1991, p. 20) utiliza como premissa a ideia de análise inicial do problema para somente depois optar pela escolha no método interpretativo mais adequado em virtude das inúmeras formas de interpretação, sendo escolhida aquela que for mais abrangente aos respectivos interlocutores.

O método hermenêutico-concretizador (Hesse, 1991, p. 22) trata da técnica interpretativa que deve ser realizada por intermédio de permanente diálogo com todas as compreensões anteriormente concebidas pelo intérprete sobre o respectivo texto constitucional, em que se realiza um efetivo movimento hermenêutico “circular e concretizador”.

O método científico-espiritual (Gomes Canotilho, 2008, p. 130), também conhecido como método valorativo ou sociológico, em que o texto constitucional é entendido como produto da cultura. Desta forma, os significados das normas constitucionais estão em constante renovação, tendo em vista que os valores da sociedade são alterados conforme os movimentos evolutivos dos segmentos sociais. Assim, existe uma sedimentação teleológica da norma que envolve a interpretação constitucional conforme a evolução social. Esse método foi desenvolvido por Rudolf Smend.

O método normativo-estruturante que foi desenvolvido por Friederich Müller (2013, *passim*), que pontua sobre o texto normativo como “uma ponta do iceberg”, preceitua que existe uma relação compositiva entre o texto constitucional e a realidade social. Por isso, o intérprete desempenha a técnica de concretização através da interpretação. E para isso, deve levar em consideração o programa normativo, assim como aqueles originários do domínio normativo que é a investigação da realidade.

O método comparação constitucional (Gomes Canotilho, 2008, p. 135) leva em consideração o direito comparado, preceituando a comparação do texto constitucional com a Constituição de outros países a fim de se buscar uma definição mais adequada para a norma constitucional. É uma interpretação de institutos que se implementa analisando os diversos ordenamentos constitucionais internacionais.

Mas esta classificação é meramente comparativa e ilustrativa, tendo em vista que não serão objetos de análise ou ainda versados comentários minuciosos sobre esse enquadramento que desviariam do tema principal desta pesquisa.

Embora a busca por racionalidade na interpretação constitucional seja uma intensão constante, a escolha mais precisa do método a ser utilizado entre diferentes critérios e regras interpretativas, dependerá dos valores a serem utilizados por aquele que aplica o direito, baseado em critérios pré-concebidos de sua compreensão intelectual. Desta forma, sequencialmente serão analisados os métodos clássicos.

4 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional é a atividade de interpretação das normas constitucionais contidas na Carta Magna. O ato de interpretar visa a trazer luz, tornar claro, viabilizar a perfeita cognição e compreensão do que está grafado em termos técnicos, obedecendo a linguagem jurídica. Este referido conteúdo constitucional poderá ser interpretado em sentido literal do texto ou segundo o entendimento do legislador constituinte ou, ainda, de acordo com o contexto histórico, evidenciado por diversos aspectos estruturais que permitirão a fiel, adequada e justa aplicação do referido texto constitucional.

A hermenêutica jurídica tem como ponto de partida o estudo da interpretação e aplicação da norma pelo Poder Judiciário, sob as bases do Estado Democrático de Direito, sendo-lhe vedado a aplicabilidade da mencionada norma conforme tendências ou preferências políticas, bases morais ou diretrizes econômicas. O magistrado deve buscar a resposta adequada, dizendo o Direito, segundo os preceitos constitucionais.

Portanto, a hermenêutica jurídica compreende o conjunto de técnicas utilizadas para a interpretação das normas comuns que não sejam constitucionais. Em síntese, a interpretação das normas constitucionais, seguem no sentido de se utilizarem de duas teorias importantes e destacadas:

A teoria procedimentalista (Gomes Canotilho, 2008, *passim*) que é aquela em que os magistrados interpretam a Constituição utilizando-se apenas da expressividade contida nos preceitos legais, com enfoque em princípios democráticos, entendendo que a Carta Magna estabelece as regras do jogo político e as deliberações sobre decisões de caráter político ou social, econômico ou orçamentário e de natureza moral, ficam à cargo do Poder Legislativo;

A teoria substancial (Gomes Canotilho, 2008, *passim*) pontua sobre os atos de responsabilidade do Poder Legislativo que não se coadunem com os valores e princípios contidos nas diretrizes constitucionais podem ser combatidos pelos juízes que defenderão a legitimidade dos mencionados atos sob a invocação do ativismo judicial para fundamentar uma forma abrangente de interpretação do problemas sociais.

Torna-se importante enfatizar que o exercício da plena cidadania deve inviabilizar quaisquer tentativas de decisões arbitrárias que não se sustentam perante a verdadeira democracia. A teoria da decisão judicial deve preservar e nutrir as condições intersubjetivas essenciais à interpretação normativa que se encontra intimamente ligada com a hermenêutica jurídica.

A hermenêutica não deve se enquadrar como uma técnica individualizada ou regionalizada. Portanto, ao tratar sobre hermenêutica constitucional apenas enfatiza a ideia interpretativa do texto constitucional que prioritariamente se analisa em parâmetros técnicos. Mas, a síntese dogmática indica que a hermenêutica jurídica é ato constante e ininterrupto da busca pelo perfeito entendimento da norma legal.

As normas constitucionais possuem características especiais e supremas que as diferenciam da legislação infraconstitucional e devem ter tratamento próprio, segundo os parâmetros do caráter inaugural manifestado pelo poder constituinte originário, a ausência de hierarquia, inclusive entre os direitos fundamentais, a supremacia constitucional e o fundamento de validade das leis infraconstitucionais, além do elevado teor político. Assim, a hermenêutica jurídica necessita de instrumentalização complementar para que se efetue adequadamente a interpretação constitucional.

Hans-Georg Gadamer leciona que “a hermenêutica tem a ver com a ideia de verdade nas ciências humanas que é essencialmente ligada ao método” (Gadamer, 2002, p. 272) e, desta forma, estaria equivocada porque ela é filosófica e não pode ser entendida como metodológica.

Existe um ponto de convergência no mencionado autor com as ideias de Ronald Dworkin sobre “o aspecto da discricionariedade judicial” (Dworkin, 1977, p. 476-490), praticada exageradamente no sistema judicial brasileiro, transparecendo claramente a ideia de evolução técnica interpretativa para o direito.

5 PRINCÍPIOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Existe um tensionamento entre compreensão e compreensibilidade, em busca da natureza de universalidade da atividade hermenêutica. Portanto, não deve ser vista como uma atividade secundária.

A hermenêutica constitucional é regida por princípios específicos, tendo em vista suas características de fundamento de validade normativa, conforme ensinam Gomes Canotilho (2008, p. 105-127):

- a) princípio da unidade da constituição: indicam que as normas constitucionais possuem preceitos integrados, uma natureza de unicidade entre regras e princípios e não devem ser vistas isoladamente. Trata-se de princípio muito relevante, tendo em vista que é decorrente do próprio postulado do legislador constituinte originário declarando a perfeição da obra constitucional, sem lacunas, coerente e sem redundâncias, oferecendo soluções ideais para os problemas decorrentes da atividade interpretativa, oriundas do interior do sistema;
- b) princípio da concordância prática ou da harmonização: partindo da ideia de que não há hierarquia entre os preceitos constitucionais, essa diretriz orienta o aplicador das normas a adotar uma posição de concorrência entre bens constitucionalmente tutelados para que se viabilize a realização de todos os preceitos constitucionais;
- c) princípio da máxima efetividade: quando ocorrer mais de uma interpretação ao mesmo preceito, o intérprete deverá privilegiar aquele que garanta uma maior eficácia da norma constitucional para o caso

concreto. É a busca por efetividade que se pressupõe como sendo dotadas de força normativa, em que o intérprete deve buscar a máxima potencialidade normativa, expandindo e densificando os efeitos benéficos, principalmente quando se tratar de direitos e garantias fundamentais;

d) princípio da correção funcional: o resultado da interpretação não deve subverter ou criar obstáculos ao sistema organizatório-funcional da Constituição, criando ou gerando obstáculos por meio de interpretação contrária ao texto expresso em lei ou não haja compatibilidade interpretativa com a Constituição, devendo vedar que magistrados atuem como legisladores positivos do texto constitucional;

e) princípio do efeito integrador: tem por objetivo reforçar o sentimento de unidade política e social, tendo em vista que a Constituição é um elemento de integração entre Estado e sociedade. Trata-se de parâmetro para ser utilizado quando a norma estiver possibilitando determinado “espaço de decisão” que abrigue diversas interpretações sendo compatíveis ou incompatíveis com a Constituição. Nesses casos, o intérprete deve optar pela norma que compatibilize com o padrão constitucional pautado pela unicidade e pelos seus princípios e objetivos que consolidam direitos e garantias fundamentais.

Vale ressaltar sobre a natureza imprescindível da linguagem como elemento de coesão e comunicação entre sujeito e objeto, o que possibilita o acesso as atividades sociais e fundamenta o caráter universal da hermenêutica jurídica que vai muito além dos atos de instrução da magistratura regionalizada e, tampouco deve obedecer critérios restritivos a textos e preceitos de lei, tendo em vista a universalidade da hermenêutica que determina por meio da linguagem a forma de interpretação e aplicação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Magna de 1988 segue seu inexorável destino como instrumento político em busca da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, deixando muito a desejar com a grande “hipoteca” contraída com o povo brasileiro, ultrapassando três décadas e meia de sua vigência.

Não resta dúvida quanto à sua falta de efetividade e concretização dos valores contidos em seus fundamentos constitucionais. O neoliberalismo contido nas diretrizes da economia moderna não está sendo capaz de realizar e concretizar as aspirações políticas e sociais das classes brasileiras, em conformidade com os fundamentos previsto na Constituição Federal de 1988.

A hermenêutica jurídica é tema complexo que demanda profunda análise dos fundamentos e correntes filosóficas tratando sobre a evolução doutrinária que vem passando e os mais importantes métodos e princípios que tem sido empregados para se desvendar os horizontes dogmáticos da nova hermenêutica constitucional.

A evolução da hermenêutica constitucional, tem-se que o movimento da modernidade, também teve seus reflexos no constitucionalismo que se tornou verdadeiro objeto de libertação geral da humanidade cujo conteúdo era a declaração de direitos e garantias e a limitação do poder político, emergindo daí o princípio da supremacia da constituição e os diversos mecanismos de controle de constitucionalidade, surgindo muitos debates acadêmicos sobre as diferenças entre os métodos de interpretação da constituição e da legislação infraconstitucional.

Assim como analisado ao longo desta pesquisa, a norma constitucional possui características especiais que a qualificam como sua superioridade hierárquica verificada pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Além disso, observa-se a sua natureza principiológica e abstrata da linguagem, inclusive quanto ao conteúdo específico das normas programáticas e também das normas de conduta que se sedimentam em sua natureza política.

O ponto de convergência entre a hermenêutica jurídica e a nova hermenêutica constitucional repousa no tensionamento entre o texto proposto e o sentido alcançado para a aplicação ao caso concreto.

Desta forma, observa-se a possibilidade de enumeração de critérios e regras para orientarem o hermeneuta durante o ato interpretativo, submetendo-o a uma teoria geral da interpretação.

Vislumbra-se também que não há uma cisão entre o ato de conhecimento do conteúdo do texto normativo e a sua aplicação ao caso concreto, ou seja, não se trata de atos separados.

A análise e discussão sob a temática do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade e clareza do texto normativo acabaram por concluir a falsidade dessa contraposição dogmática fundada em esquematização metafísica vazia de sentido aplicável.

Em linha de conclusão, observa-se que os princípios e os métodos da nova hermenêutica constitucional demonstra, claramente, a necessidade de que a interpretação do texto constitucional seja sustentáculo de subsídios e instrumentos técnicos para a solução dos casos concretos.

A aplicação literal do texto constitucional, seja por intermédio dos métodos tradicionais de hermenêutica que acreditam na possibilidade do intérprete obter a pretensa vontade da lei ou a contrapartida da própria vontade do legislador, deixa a desejar e se mostra insuficiente e injusta.

Portanto, percebe-se que são relações jurídicas as responsáveis pela criação e modificação das leis e da própria Constituição, devendo ser interpretadas adequadamente e valoradas no momento de sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, et al., 13. ed., v. I, Brasília: UnB, 2007. “A ideia de democracia traz ao entendimento de ser o método ou o conjunto de regras de procedimento para a constituição de um governo e para a formação de decisões políticas, ou seja, das decisões que abrangem integralmente a comunidade, muito mais do que uma determinada ideologia”.

Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

Bonavides, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3 ed., Rio de Janeiro: FGV, 1974.

Brasil. STF. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3239**, 08 fev. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2023.

Canotilho, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed.; Coimbra: Coimbra, 2001.

Canotilho, José Joaquim Gomes. **O direito constitucional como ciência de direcção**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 10. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2008.

Dworkin, Ronald. **Decisión: conceptos fundamentales de filosofía**. Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner, Christoph Wild (orgs.). vol. I. Barcelona: Editorial Herder, 1977.

Gadamer, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

Habermas, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
Häberle, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

Hesse, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Lowenthal, R. **Social change and cultural crisis**. New York: Columbia University Press, 1984.

Malaquias, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. 2. ed., rev. atual. Curitiba: Juruá. 2015.

Müller, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Neves, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Pedra, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva**: poder constituinte e cláusulas pétreas na democracia participativa. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Radbruch, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

Savigny, Friedrich Carl Von. **Metodologia jurídica**. São Paulo: Ediciones Olejnik Brasil, 2017.

Streck, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LOS TRIBUNALES DE CUENTAS: UN ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Betieli da Rosa Sauzem Machado²

Chaiene Meira de Oliveira³

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O controle na Administração Pública no Brasil: interconexões com os direitos fundamentais; 3. Os Tribunais de Contas brasileiros: aspectos relevantes; 4. O controle de políticas públicas no âmbito das Cortes de Contas: sua relação com a proteção dos direitos fundamentais; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO

O estudo se propõe a analisar a relação entre o controle de políticas públicas nos Tribunais de Contas e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, questiona-se: de que forma os Tribunais de Contas ao desempenharem o controle de políticas públicas contribuem para a concretização dos direitos fundamentais? Para responder ao problema de pesquisa utiliza-se os métodos de procedimento hermenêutico e de abordagem dedutivo, e a técnica de pesquisa é a bibliográfica. A pesquisa parte da descrição da estrutura de controle da Administração Pública no Brasil e os principais aspectos relacionados aos direitos fundamentais, para após analisar os Tribunais de Contas no contexto brasileiro; e por fim, investigar o processo de controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Estância de doutoramento na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany, no Brasil. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.

3 Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestra em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

Palavras-chave: controle da administração pública; controle externo; direitos fundamentais; políticas públicas; tribunal de contas.

ABSTRACT

El estudio tiene como objetivo analizar la relación entre el control de las políticas públicas en los Tribunales de Cuentas y la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, surge la pregunta: ¿cómo contribuyen los Tribunales de Cuentas, cuando controlan las políticas públicas, a la realización de los derechos fundamentales? Para responder al problema de investigación se utilizan los métodos de procedimiento hermenéutico y enfoque deductivo, y la técnica de investigación es bibliográfica. La investigación parte de la descripción de la estructura de control de la Administración Pública en Brasil y los principales aspectos relacionados con los derechos fundamentales, para luego analizar los Tribunales de Cuentas en el contexto brasileño; y, por último, investigar el proceso de control de las políticas públicas por parte de los Tribunales de Cuentas y su relación con la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave: control de la administración pública; control externo; derechos fundamentales; políticas públicas; tribunal de cuentas.

1 INTRODUÇÃO

No contexto democrático contemporâneo, o controle eficaz das políticas públicas desempenha um papel essencial na proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tendo em vista que os recursos públicos são investidos em uma variedade de programas e ações, desde educação até saúde e segurança, a necessidade de garantir que essas políticas sejam eficazes, eficientes e, acima de tudo, que promovam o bem-estar e proteção dos direitos, é imperativa. Nesse cenário, os Tribunais de Contas surgem como instituições incumbidas da complexa tarefa de fiscalizar e avaliar a governança pública, ou seja, a utilização dos recursos públicos e a legalidade e os impactos das políticas públicas, garantindo que estas estejam alinhadas com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Este estudo se propõe a analisar a relação entre o controle de políticas públicas nos Tribunais de Contas e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, considerando a necessidade de o Estado garantir aos cidadãos os direitos constitucionalmente previstos, sobretudo por meio de políticas públicas, além da necessidade de controlar seus atos, questiona-se: de que forma os Tribunais de Contas ao desempenharem o controle de políticas públicas contribuem para a concretização dos direitos fundamentais?

A hipótese inicial é no sentido de que a atuação eficiente dos Tribunais de Contas na identificação e sugestão de correção de irregularidades em políticas públicas, a partir de auditorias operacionais ou inspeções especiais, contribui para concretização dos direitos fundamentais na medida em que possibilita a prevenção da ocorrência de atos ilícitos e, conseqüentemente, a implementação de políticas públicas, além da atuação positiva

do Estado para exercício dessas garantias. Além disso, a justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de aprofundamento dos estudos sobre a temática diante das constantes alterações no âmbito da administração pública e da sociedade como um todo, o que afeta a forma de organização e desempenho das funções públicas e consequentemente a atividade controladora e seus reflexos nos direitos fundamentais.

Em termos práticos, a partir das considerações formuladas com a pesquisa torna-se possível estabelecer diretrizes no âmbito dos Tribunais de Contas para aperfeiçoamento e implementação de instrumentos que contribuam com o seu exercício e concretização das garantias da sociedade. Portanto, ao investigar as funções, desafios e oportunidades enfrentadas por essas instituições, busca-se uma visão abrangente sobre como o controle eficaz das políticas públicas não apenas assegura a eficiência administrativa, mas também atua como um mecanismo intrínseco de proteção dos direitos fundamentais. Com isso, ao se compreender as nuances dessa relação, é possível identificar lacunas, desenvolver recomendações e promover discussões substanciais que possam auxiliar nas políticas e fortalecer a salvaguarda dos direitos fundamentais em sociedades democráticas.

No decorrer deste estudo, será empreendida uma análise crítica, baseada em evidências empíricas e teóricas, para entender como os Tribunais de Contas foram defendidos para a efetivação das políticas públicas em consonância com os princípios dos direitos fundamentais. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, considerando que partindo dos pressupostos gerais quanto a estrutura de controle da administração pública no Brasil passa-se a análise específica da relação ao controle externo dos Tribunais de Contas no âmbito de políticas públicas para prevenção de atos ilícitos e a concretização dos direitos fundamentais. Já o método de procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta a livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, dentre outros meios.

Ademais, são elencados três objetivos específicos, sendo: primeiro, descrever a estrutura de controle da administração pública no Brasil e os principais aspectos relacionados aos direitos fundamentais; segundo, analisar os Tribunais de Contas no contexto brasileiro; e terceiro, investigar o processo de controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais.

2 O CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: INTERCONEXÕES COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse primeiro tópico, objetiva-se descrever a estrutura de controle da administração pública no Brasil e os principais aspectos relacionados aos direitos fundamentais. Em relação ao controle da administração pública no Brasil denota-se que a partir

da Constituição Federal de 1988 foram trazidas significativas alterações, sobretudo no que se refere aos princípios a serem observados pela administração pública, o que é expresso no art. 37 do texto constitucional, o qual estabelece que administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Essa previsão, faz com que a administração pública precise adotar instrumentos para sua concretização, dentre estes o controle dos atos estatais, segundo conclui Rodriguez-Araña (2018), no estado democrático, a administração pública sempre esteve submetida a diversos controles tanto internos como externos, os quais têm por finalidade a garantia de uma boa gestão dos interesses públicos e de assegurar uma correta aplicação dos gastos realizados pelos poderes públicos na execução de políticas públicas e prestação de serviços demandados pela sociedade.

Conforme é exposto por Avritzer (2011) a partir da redemocratização do Estado Brasileiro, ocorreu o fortalecimento da modalidade de controle externo da administração pública, sendo que este passou a ter um rol mais amplo de atividades exercidas principalmente pela figura do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 70 e seguintes do texto constitucional (Brasil, 1988). Esse fortalecimento deriva de todo um contexto histórico e normativo devendo ser considerada também a influência internacional, sobretudo por meio de tratados nos quais os países, como é o caso do Brasil, se comprometeram a estabelecer mecanismos de combate às práticas corruptivas e aprimoramentos das ferramentas da administração pública.

Uma das principais características dos estados democráticos é a existência de limites legais ao exercício do poder, qualquer que seja o poder uma vez que a ideia de controle é anterior a sua existência configurando aquilo que o justifica. Surge então como embate qual seria a melhor forma do direito administrativo concretizar o interesse público trazendo a discussão sobre a prestação dos serviços, os atores envolvidos e a sua responsabilização decorrendo a premissa de que os sistemas democráticos necessitam de sistemas estruturados de controle para a sua melhor organização e cumprimento de seus objetivos.

No caso brasileiro, as modalidades de controle centram-se no controle social, interno e externo, os quais podem ser utilizados de forma isolada ou conjunta, o que é o mais recomendado na medida em que a atividade controladora precisa da colaboração conjunta entre os responsáveis pelo seu exercício e também pela sociedade em geral, a qual deve estar atenta ao agir do Estado e as demandas sociais como um todo. Isso faz com que a atividade pública seja melhor exercida e conseqüentemente os direitos e garantias fundamentais sejam efetivamente concretizados.

Desse modo, o controle na Administração Pública brasileira constitui um pilar essencial para garantir a conformidade e a efetividade das ações estatais, desempe-

nhando um papel importante na preservação dos princípios democráticos e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esse controle se estabelece como um mecanismo de fiscalização e verificação das atividades governamentais, envolvendo transparência, legalidade, eficiência e moralidade na gestão pública.

No contexto brasileiro, o controle na Administração Pública encontra respaldo constitucional, sendo amparado por dispositivos que estabelecem a atuação de órgãos fiscalizadores, a exemplo dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Controladoria-Geral da União. Essas entidades desempenham papel essencial na fiscalização dos atos administrativos, não apenas do ponto de vista legal, mas também na perspectiva da promoção e defesa dos direitos fundamentais. Neste sentido, passar-se-á a estudar os aspectos relevantes dos Tribunais de Contas brasileiros.

3 OS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS: ASPECTOS RELEVANTES

O modelo adotado pelo Tribunal de Contas brasileiro se destaca pela abordagem singular no mundo, distanciando-se do modelo tradicional, ao assumir funções fiscalizadoras típicas das controladorias, além de desempenhar os papéis de ouvidoria e órgão consultivo. Outrossim, importante ressaltar que sua estrutura organizacional e seus processos decisórios são delineados e se expandem mediante um misto de formas e processos de decisórios provenientes do Judiciário e do Legislativo (Ribeiro, 2002).

É relevante salientar que, com a promulgação da Constituição de 1988, os Tribunais de Contas experimentaram transformações substanciais, resultando em maior distinção entre eles e uma ampliação de suas competências e jurisdição, incorporando responsabilidades ausentes nas Constituições anteriores. Speck (2000) ressalta que a Constituição de 1988 conferiu ao Tribunal de Contas uma nova configuração em suas atribuições, consolidando sua posição na estrutura dos Poderes.

A expansão do âmbito das entidades fiscalizadas e a definição clara de responsabilidades marcaram essa transição, permitindo que o órgão de contas exercesse, por exemplo, a função de auxiliar do Poder Legislativo – nas esferas do Congresso Nacional, da Assembleia Legislativa e das Câmaras municipais – no exercício da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional dos entes federativos, assim como das entidades da Administração direta e indireta, abarcando a legitimidade, legalidade, economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e renúncia das receitas,

Ademais, evidencia-se que os critérios de controle foram ampliados, incorporando a análise de legitimidade, economicidade e legalidade, transcendendo o escopo de restringir-se ao critério legal-contábil (Delmondes, 2007). As normas que delineiam

as funções, composição, organização e competências do Tribunais de Contas estão expressas nos artigos 70 ao 75 da Constituição de 1988, integrando a Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), do Capítulo I (do Poder Legislativo), do Título IV (da organização dos poderes). Assim como os artigos 33, parágrafo 2º e 161, parágrafo único da Constituição, conferem atribuições adicionais aos órgãos de contas (Brasil, 1988).

A Constituição de 1988 distribuiu o Tribunal de Contas da União como referência para os congêneres estaduais e municipais, conferindo-lhes prerrogativas de autonomia constitucional equivalentes aos dos Tribunais do Judiciário. Por meio de suas atribuições, esses tribunais atendem simultaneamente aos critérios que os identificam e os distinguem como estruturas políticas de soberania, exercendo funções de proteção aos direitos fundamentais (Moreira Neto, 2003).

Destaca-se que, conforme preconizado pela Constituição (Brasil, 1988), o Tribunal de Contas é configurado como um órgão auxiliar do Congresso Nacional, sendo sua função precípua o controle orçamentário e financeiro da Administração em auxílio ao poder responsável. Em virtude da garantia de independência equiparada ao Poder Judiciário, o órgão em questão não pode ser considerado subordinado ao Legislativo ou integrado à sua estrutura. Portanto, dada a natureza do seu papel como auxiliar do Legislativo, o Tribunal de Contas é categorizado como um órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer Poder (Medauar, 2012).

Assim, mesmo integrado organicamente o Tribunal de Contas ao Poder Legislativo, a autonomia e independência constitucionalmente fixadas conferem ao órgão de contas a função de fiscalizar tanto o Legislativo quanto o Executivo. Tal atuação, em nome do Estado e em prol da sociedade, visa a preservação da regularidade na aplicação dos recursos públicos em consonância com o interesse público (Mileski 2003). Desta forma, evidencia-se que os Tribunais de Contas desempenham um papel auxiliar a todos os Poderes, órgãos e entidades constitucionalmente independentes, além de prestar assistência ao demais entes federativos, conforme previsto nos artigos 31, parágrafo 1º e 161, parágrafo único da Constituição (Costa, 2006).

O sistema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária previsto na Constituição determina que o controle externo seja exercido pelo Poder Legislativo, conforme disposto no artigo 70. No entanto, a execução desse controle deve ser conduzida por um órgão independente, dotado de plena autonomia sobre os três Poderes, responsáveis por realizar o controle com competências próprias, indelegáveis e exclusivas, conforme o artigo 71, sendo que esse órgão designado é o Tribunal de Contas. Importante ressaltar que o controle externo, conforme o artigo mencionado, não restringe a um controle *a posteriori* (posterior), abrangendo também outras modalidades de controle (legitimidade, economicidade, legalidade, aplicação e subvenção de receitas), as quais podem ser exercidas concomitantemente ou de forma *a priori* (preventivo) (Costa, 2006).

Além disso, os Tribunais de Contas assumem o papel de órgãos de controle técnico das finanças públicas, dedicando suas atividades ao exercício do controle externo da Administração Pública por meio de auditorias e ouvidorias, avaliações operacionais e fiscalizações de políticas governamentais (Ribeiro, 2002). Em relação à sua natureza de orientação, destaca-se que é administrativa, caracterizando-se como um órgão consultivo e orientador da Administração. Ademais, detém uma atribuição implícita, influenciando e induzindo a Administração na adoção de práticas que aprimorem a gestão pública.

Por outro lado, salienta-se que as atribuições dos Tribunais de Contas podem ser categorizadas em quatro grupos: 1) opinativas e informativas, por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e respostas a consultas formuladas ao Tribunal; 2) fiscalizadoras, mediante auditorias e inspeções; 3) corretivas, quando são estabelecidos prazos para a correção de irregularidades; e 4) jurisdicionais especiais, no momento em que julgarem as contas do chefe do Executivo, conforme previsto no inciso II do artigo 71 da Constituição (Pardini, 1997).

Guerra (2003), ao abordar as atribuições da corte de contas, as classificou em: fiscalizadoras, jurisdicionais, consultivas e informadoras. Lima (2007) amplia essa categorização incluindo funções sancionatórias, corretivas e de ouvidoria. Rodrigues (2009), ainda, complementa que as atividades fiscalizatórias, previstas nos incisos III ao VI do artigo 71 da Constituição (Brasil, 1988), abrangem diversos aspectos, tais como contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, considerando os princípios estabelecidos no *caput* do artigo 70, que versam sobre legalidade, economicidade e legitimidade. Nesse sentido, passar-se-á a verificação do controle de políticas públicas no âmbito dos Tribunais de Contas e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais.

4 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DAS CORTES DE CONTAS: SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O artigo 71 da Constituição confere competências ao Tribunal Contas União (TCU), sendo que o artigo 75 estende tais prerrogativas aos Tribunais de Contas estaduais, as quais deverão seguir as disposições do TCU, no que couber. Neste contexto, a competência para realização de auditorias operacionais encontra-se prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição. Este dispositivo atribui ao TCU a responsabilidade de realizar, por sua iniciativa, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes e demais entidades mencionadas no inciso II do artigo 71 da Constituição (Lima; Diniz, 2018).

Além disso, de acordo com o inciso IV do artigo 71 da CF/88, o órgão de contas pode, por iniciativa própria, realizar atividades de fiscalização por meio de inspeções e auditorias em qualquer unidade administrativa, nos três Poderes ou da Administração, direta e indireta. É relevante ressaltar que essa atividade também pode ser solicitada pelas casas do Congresso Nacional ou por uma das suas comissões técnicas ou de inquérito. (Rodrigues, 2009).

O artigo 70 da Constituição (Brasil, 1988), por sua vez, estabelece que a fiscalização deve abranger as dimensões da legalidade, da economicidade e da legitimidade. Dessa forma, não se limita a avaliar apenas a conformidade dos gastos públicos com critérios de legalidade, mas também busca analisar se estão alinhados com os princípios de economicidade e legitimidade. Portanto, os órgãos de contas têm como foco principal, por meio de auditorias operacionais autorizadas constitucionalmente, a avaliação do cumprimento desses parâmetros (Lima; Diniz, 2018).

Observa-se que as atividades de fiscalização, conduzidas por meio de inspeções e auditorias, desempenham um papel essencial entre as atribuições de controle externo a cargo dos órgãos de contas, pois não há limitações constitucionais ou legais em relação ao exercício dessa competência. Além disso, visam à detecção imediata de ilegalidades ou irregularidades, apresentando de maneira preventiva e proporcionando uma abordagem pedagógica ao orientar os fiscalizados sobre práticas mais eficazes na gestão pública e qual a melhor forma de execução das atividades e correção para coibir práticas ilícitas (Guerra, 2003).

No contexto das auditorias operacionais, definidas como uma modalidade de auditoria de economia e eficiência pela Constituição, busca promover a economicidade dos recursos públicos e aprimorar as operações governamentais com custos mais baixos, sem comprometer a qualidade das aquisições e serviços contratados. Esses procedimentos concedem ao órgão de contas a prerrogativa de ingerência administrativa sobre o órgão controlado, permitindo a avaliação dos aspectos de utilidade, conveniência e oportunidade dos gastos públicos, além da verificação do impacto social dos programas em termos de custo-benefício. Rodrigues (2009) complementa que as auditorias operacionais visam melhorar a produtividade das instituições administrativas que gerenciam recursos públicos, identificando e propondo correções para suas deficiências.

As auditorias operacionais podem ser conceituadas como uma avaliação abrangente da eficácia de uma entidade na consecução de seus objetivos, metas e programas, considerando, igualmente, a legalidade, economicidade e eficiência na gestão de seus recursos. Essa forma de auditoria representa uma evolução natural em relação às auditorias tradicionais, que transcende sua função contábil inicial, incorporando a verificação da legalidade, a correção dos registros contábeis, além da avaliação da economicidade e eficácia das entidades (Rocha, 1990).

Por outro lado, as auditorias operacionais não são especificamente uma inovação recente, mas sim uma técnica de emprego e estudo que ganhou relevância em órgãos de controle externo de maneira relativamente recente. O Tribunal de Contas da União, na década de 90, foi precursor na adoção dessa abordagem, aprimorando as auditorias de regularidade para atender à sociedade, fornecendo respostas sobre a atuação da Administração na gestão dos recursos públicos (Chadid, 2013).

Diante disso, a adoção de auditoria operacional torna-se essencial para o controle e a avaliação contínua do desempenho das entidades fiscalizadas, sendo essa prática intrinsecamente ligada ao aspecto ético-moral de prestar contas à sociedade sobre o uso adequado dos recursos públicos. Nas sociedades democráticas, um dos princípios essenciais reside no dever do Poder Público de prestar contas de suas ações, não apenas explicitando os objetivos e programas nos quais serão alocados os recursos públicos, mas também detalhando como esses recursos serão usados e quais resultados serão obtidos (Rocha, 1990).

Neste sentido, relacionando as auditorias operacionais e o papel dos Tribunais de Contas com a efetividade dos direitos fundamentais, destaca-se a implementação efetiva de políticas públicas – que visam atender a direitos fundamentais – não pode restringir à definição de percentuais a serem aplicados em cada área reconhecida como importante para atender às necessidades da população. Logo, observa-se que a fundamentalidade do conteúdo das políticas públicas deve ser analisada, envolvendo o exame dos motivos que justificam determinada intervenção, o planejamento das ações para o desenvolvimento da iniciativa, a definição dos agentes responsáveis pela implementação, a abordagem das diretrizes reguladoras e a avaliação dos possíveis impactos, seja de forma preventiva, concomitante ou posterior (Meneguim; Freitas, 2013).

Com a expansão do processo fiscalizatório e a análise da regularidade e legalidade na execução e aplicação das receitas, os órgãos de contas devem realizar as auditorias operacionais, tendo em vista acompanhar, contribuir e aprimorar a eficiência das políticas (Chadid, 2013). De acordo com Fernandes (2016), as Cortes de Contas verificam a eficiência dos órgãos fiscalizados, o que tende a resultar na transição do controle contábil para análise do controle gerencial. Este último vai além da mera conformidade com os critérios de validade da contabilidade, incorporando a contabilidade analítica de custos em busca de resultados efetivos.

Nesse sentido, os órgãos de contas contribuem, sob a ótica do princípio da eficiência, para o processo decisório das políticas, ou seja, por meio dos mecanismos de controle são elaborados pareceres para os administradores, podendo redirecionar as ações programadas (Fernandes, 2016). Observa-se, assim, que os Tribunais de Contas têm competência para realizar a avaliação de políticas públicas, desempenhando

essa função principalmente mediante as auditorias operacionais, as quais possuem respaldo constitucional. Dada a singularidade dessa atividade, restrita aos **órgãos de controle**, estes podem recomendar e determinar a adoção de providências específicas pelos órgãos avaliados (Schwartz; Oliveira, 2019).

Dessa maneira, as auditorias operacionais se referem ao exame independente e objetivo de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, sendo seu objetivo promover o aprimoramento da gestão pública (TCU, 2010). Lima e Diniz (2018) complementam que as quatro dimensões das auditorias operacionais buscam medir se os objetivos das políticas públicas foram realizados conforme planejado, se os meios empregados foram o de menor custo entre os existentes e se os objetivos foram alcançados no menor tempo possível.

Portanto, nota-se que os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, desempenham um papel essencial no cenário do controle de políticas públicas, cuja implementação possui íntima relação com a preservação e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. A atuação desses órgãos, dotados de autonomia e independência, transcende a mera fiscalização contábil e financeira, adentrando o campo mais amplo da eficácia e efetividade das ações estatais, especialmente a partir das auditorias operacionais e/ou inspeções especiais.

No âmbito dessa missão, os Tribunais de Contas se configuram como verdadeiros guardiões do erário público, verificando não apenas a legalidade dos atos administrativos, mas também a adequação das políticas inovadoras aos princípios basilares consagrados na Constituição Federal (Brasil, 1988). Esse controle, portanto, não se restringe à dimensão técnico-contábil, estendendo-se à análise da conformidade das políticas públicas com os preceitos fundamentais, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e acesso à educação, saúde e segurança.

A proteção dos direitos fundamentais se entrelaça diretamente com a eficácia das políticas, e é nesse contexto que os Tribunais de Contas emergem como órgãos essenciais de garantia e promoção desses direitos. Ao avaliar a efetividade das políticas, tais órgãos ficam restritos para a mitigação de disparidades sociais, a promoção da justiça distributiva e o fortalecimento do Estado como agente propulsor do bem-estar coletivo. Nesse contexto, a atuação dos Tribunais de Contas não se restringe apenas ao aspecto repressivo, mas assume caráter preventivo e orientador. Ao apontar falhas na execução de políticas públicas, esses órgãos oferecem subsídios para aprimoramentos, não apenas a conformidade com as normas legais, mas a eficácia dos objetivos sociais delineados pela Constituição.

5 CONCLUSÃO

O estudo se propôs a analisar a relação entre o controle de políticas públicas nos Tribunais de Contas e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, considerando a necessidade de o Estado garantir aos cidadãos os direitos constitucionalmente previstos, sobretudo por meio de políticas públicas, além da necessidade de controlar seus atos, questionou-se: de que forma os Tribunais de Contas ao desempenharem o controle de políticas públicas contribuem para concretização dos direitos fundamentais?

Nesse sentido, visando responder tal problemática, foram elencados três objetivos específicos, sendo que no primeiro foi descrita a estrutura de controle da administração pública no Brasil e os principais aspectos relacionados aos direitos fundamentais. Assim, abordou-se que no contexto brasileiro, o controle na Administração Pública encontra respaldo constitucional, sendo amparado por dispositivos que estabelecem a atuação de órgãos fiscalizadores, a exemplo dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Controladoria-Geral da União. Essas entidades desempenham papel essencial na fiscalização dos atos administrativos, não apenas no ponto de vista legal, mas também na perspectiva da promoção e defesa dos direitos fundamentais.

No segundo, analisou-se os Tribunais de Contas no contexto brasileiro, ressaltando que esse mesmo integrado organicamente o Poder Legislativo, a autonomia e independência constitucionalmente fixadas conferem ao órgão de contas a função de fiscalizar tanto o Legislativo quanto o Executivo. Tal atuação, em nome do Estado e em prol da sociedade, visa a preservação da regularidade na aplicação dos recursos públicos em consonância com o interesse público.

Dessa forma, evidenciou-se que os Tribunais de Contas desempenham um papel auxiliar a todos os Poderes, órgãos e entidades constitucionalmente independentes, além de prestar assistência aos demais entes federativos, conforme previsto nos artigos 31, parágrafo 1º e 161, parágrafo único da Constituição. Além disso, os Tribunais de Contas assumem o papel de órgãos de controle técnico das finanças públicas, dedicando suas atividades ao exercício do controle externo da Administração Pública por meio de auditorias e ouvidorias, avaliações operacionais e fiscalizações de políticas governamentais. Em relação à sua natureza de orientação, destaca-se que é administrativa, caracterizando-se como um órgão consultivo e orientador da Administração. Ademais, detém uma atribuição implícita, influenciando e induzindo a Administração na adoção de práticas que aprimorem a gestão pública.

E no terceiro, investigou-se o processo de controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais. Nesse tópico, salientou-se que os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, desempenham um papel essencial no cenário do controle de políticas públicas, cuja implementação possui íntima relação com a preservação e garantia dos

direitos fundamentais dos cidadãos. A atuação desses órgãos, dotados de autonomia e independência, transcende a mera fiscalização contábil e financeira, adentrando o campo mais amplo da eficácia e efetividade das ações estatais, especialmente a partir das auditorias operacionais e/ou inspeções especiais.

No âmbito dessa missão, os Tribunais de Contas se configuram como verdadeiros guardiões do erário público, verificando não apenas a legalidade dos atos administrativos, mas também a adequação das políticas inovadoras aos princípios basilares consagrados na Constituição Federal. Esse controle, portanto, não se restringe à dimensão técnico-contábil, estendendo-se à análise da conformidade das políticas públicas com os preceitos fundamentais, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e acesso à educação, saúde e segurança.

A proteção dos direitos fundamentais se entrelaça diretamente com a eficácia das políticas, e é nesse contexto que os Tribunais de Contas emergem como órgãos essenciais de garantia e promoção desses direitos. Ao avaliar a efetividade das políticas, tais órgãos ficam restritos para a mitigação de disparidades sociais, a promoção da justiça distributiva e o fortalecimento do Estado como agente propulsor do bem-estar coletivo. Nesse contexto, a atuação dos Tribunais de Contas não se restringe apenas ao aspecto repressivo, mas assume caráter preventivo e orientador. Ao apontar falhas na execução de políticas públicas, esses órgãos oferecem subsídios para aprimoramentos, não apenas a conformidade com as normas legais, mas a eficácia dos objetivos sociais delineados pela Constituição.

Portanto, a interconexão entre o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas e a proteção dos direitos fundamentais constitui um elemento-chave na construção de uma gestão pública comprometida com a equidade, a justiça social e a plena realização dos direitos inalienáveis dos cidadãos. Essa relação simbiótica evidencia a relevância desses órgãos de controle no contexto democrático, promovendo a transparência, a responsabilização e a eficácia na implementação das políticas públicas externas para o bem comum. Assim, os Tribunais de Contas a partir de sua atuação na identificação e correção de irregularidades na formulação e execução das políticas públicas contribuem para sua correta execução e, conseqüentemente, para concretização dos direitos fundamentais envolvidos.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; Filgueiras Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<https://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: em 10 out. 2023.

CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. **Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul**, 2013. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2023.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DELMONDES, Edna. **A interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). **Políticas Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: **Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado**, n. 123, mar., 2013. Disponível em: <www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html>. Acesso em: 30 out. 2023.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: **Encontro Luso-brasileiro de Tribunais de Contas**. 1. ed. 2003, ESTORIL. Lisboa: T.C., 2004.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Função da Auditoria Operacional na Avaliação e no Controle de Entidades Governamentais. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 44, abr./jun., 1990, p. 67-79. Brasília, mar. de 1992.

RODRIGUES, Álvaro Pinto. **A atuação do Tribunal de Contas da União na gestão compartilhada da saúde**: análise a partir do controle social, 2009. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Luterana do Brasil de Canoas, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El control de la administración pública: una perspectiva integradora. In. LEAL, Rogério Gesta; SILVEIRA, Alessandra Aparecida de Souza; CANO, Carlos Aymerich (orgs.). **IV seminário internacional hispano-lusobrasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas**. Bubok Editorial: Espanha, 2018.

SCHWANTZ, Giuliani; OLIVEIRA, José Alfredo Fank de. Avaliação de Políticas Públicas pelo Tribunal de Contas do Estado: realidade ou desafio?, p. 30-31. **Achados de Auditores**. Porto Alegre: CEAPE – Sindicato de auditores públicos externos do TCE-RS, n. 8, jun. 2019. Disponível em: <[https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/5d0791e3b1ea34.691453 93.pdf](https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/5d0791e3b1ea34.691453%2093.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2023.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, 2010.

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEVER DE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA

RENUNCIA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DEBER DE RESPETAR EL PRINCIPIO DE MORALIDAD PÚBLICA

Isadora Beatriz Teixeira Carlos¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da moralidade pública. 2. Renúncia a direitos fundamentais. 3. Respeito a moralidade para validade da renúncia a direito fundamental. Conclusão. Referências.

RESUMO

O artigo propõe a ideia de que a renúncia a direitos fundamentais deve observar, além dos pressupostos e requisitos, em sua eficácia vertical, o princípio da moralidade pública. A partir de uma revisão bibliográfica quanto ao princípio da moralidade no ordenamento jurídico brasileiro e da renúncia aos direitos fundamentais, investigar-se-á a possibilidade de conceber o respeito ao princípio da moralidade como requisito para a renúncia a direitos fundamentais no vínculo Estado-cidadão. Através de método dedutivo e análise qualitativa, conclui-se que o princípio da moralidade deve ser respeitado para que a renúncia a direitos fundamentais seja legítima, válida e constitucional.

Palavras-chave: renúncia; direitos fundamentais; moralidade.

RESUMEN

El artículo propone la idea de que la renuncia a los derechos fundamentales debe observar, además de los presupuestos y requisitos, en su eficacia vertical, el principio de la moralidad pública. A partir de una revisión bibliográfica sobre el principio de moralidad en el ordenamiento jurídico brasileño y la renuncia a los derechos fundamentales, se investigará la posibilidad de concebir el respeto al principio de moralidad como requisito para la renuncia a los derechos fundamentales en la relación Estado-ciudadano. Utilizando un método deductivo y un análisis cualitativo, se concluye que el principio de moralidad debe ser respetado para que la renuncia a los derechos fundamentales sea legítima, válida y constitucional.

Palabras clave: renuncia; derechos fundamentales; moralidad.

¹ Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST. Advogada. E-mail: isadorateixeira.c@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9952-3263>.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da moralidade existente no ordenamento jurídico possibilita diversas abordagens e interpretações; mais comumente apreciado e aplicado no direito administrativo, o mencionado princípio possui relevância indiscutível no âmbito da Administração Pública como um todo.

A moralidade possui uma evidente ligação com as significativas noções de ética e de justiça, concepções também tão relevantes à compreensão e correta realização dos preceitos e propósitos do nosso texto constitucional e do Estado brasileiro, e apresenta grande relevância no estudo do direito público e do ordenamento jurídico brasileiro em sua leitura a partir dos ditames constitucionais.

Presente na Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade pode ser tido em sua acepção de moralidade pública, considerando que impõe o dever de obediência ao princípio da moralidade a toda a Administração Pública, em todos os seus atos, por todo o agir estatal.

Por outro lado, a renúncia a direitos fundamentais, tema que gera diversos posicionamentos e algumas contradições, deve respeitar a essência dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o disposto na Constituição Federal.

Isso posto, o presente artigo propõe a ideia de que para que a renúncia a direitos fundamentais seja tida como constitucional, válida e legítima, além dos pressupostos gerais e requisito específico a ser observado na renúncia a direitos fundamentais na relação entre cidadão e Estado, também deve-se observar e respeitar o princípio da moralidade pública.

A partir de uma revisão bibliográfica quanto ao princípio da moralidade no ordenamento jurídico brasileiro e da renúncia aos direitos fundamentais, far-se-á uma investigação se é possível conceber o respeito ao princípio da moralidade como requisito para a validade e legitimidade da renúncia a direitos fundamentais no vínculo Estado-cidadão.

Primeiramente, apresentar-se-á o princípio da moralidade pública no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência recapitular-se-á os pressupostos e requisitos para a renúncia a direitos fundamentais. Por fim, apresentar-se-ão os fundamentos sobre a importância do respeito à moralidade para a validade da renúncia a direito fundamental.

Através do raciocínio dedutivo e da análise qualitativa, conclui-se que o princípio da moralidade pública deve ser respeitado para que a renúncia a direitos fundamentais seja legítima, válida e constitucional.

2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA

A relação entre Direito e Moral é discutida pela filosofia sob muitos vieses desde a criação da disciplina, especialmente quanto a sua justificação, se as normas jurídi-

cas constituem por si mesmas, de forma independente e autônoma, razões para justificar ações e decisões ou se possuem vinculação a princípios e proposições morais (NINO, 1993, p. 39).

Partindo da referência à moralidade existente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme citado, e dos diversos estudos já empreendidos quanto a esse objeto (relação entre o direito e a moral), como, somente a título de exemplo, citam-se as reflexões dos ilustres pensadores da filosofia do direito: Kant, que considerava não haver separação entre o direito e a moral (KARAM, 2007) e Dworkin, que acreditava que a legalidade é determinada não somente por fatores sociais, mas também pela moral (SHAPIRO, 2007); consideramos existente e íntima a relação entre direito e moral, pois mesmo o direito sendo tido como autossuficiente para regular as relações intersubjetivas, é evidente que as normas jurídicas resultam de uma ordem moral, “pois a ordem jurídica somente poderá ser legítima quando não contrariar os princípios morais, assim, o direito adquire sim uma relação necessária com a moral”, mas sem qualquer relação de subordinação (MACEI, 2015, p. 102).

A existência de uma norma que trate da moralidade não significa uma incorporação total da moral pelo direito, pois os princípios morais possuem autonomia frente ao direito, uma vez que quando tratados os preceitos morais por um ordenamento jurídico entende-se que houve “uma juridicização parcial deles” e não sua anexação ao ordenamento (JUSTEN FILHO, 1996, p. 66). O argumento de moralidade no mundo jurídico não representa a realidade, mas sim a busca pelo ideal (WEYNE, 2009, p. 8), que no contexto constitucional pátrio, reflete não apenas um propósito a ser alcançado individualmente, mas um meio para alcance dos propósitos do Estado brasileiro como um todo.

Desta feita, a noção de moralidade no interior do ordenamento jurídico não se limita a simples regra, mas sim se revela como orientação ao agir estatal, na forma de aplicar e interpretar a lei e responsabilidade de se ler a Constituição de forma sistemática, por isso apresenta-se no texto constitucional na forma de princípio.

Marçal Justen Filho (1996, p. 70-71) afirma que o princípio da moralidade “não possui conteúdo normativo perfeito e acabado” e existe certa dificuldade em se extrair significado da norma de forma objetiva e desvinculada; porém, declara que tal característica não configura defeito, pois como todos os princípios “a moralidade pública se destina a disciplinar uma série indeterminada de situações, o que seria inviabilizado por uma construção fechada e exaustiva”. Portanto o princípio da moralidade não se confunde com uma regra, não tendo conteúdo normativo específico e, assim como os demais princípios constitucionais, “não tem existência autônoma e desvinculada do todo da Constituição”, de fato, a moralidade no ordenamento jurídico brasileiro é incontestavelmente um princípio.

A Constituição Federal de 1988 oferece tutela constitucional à moralidade, trazendo-a em seu Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública, no artigo 37, fazendo com que a moralidade seja de fato entendida como princípio ético constitucionalmente positivado, a transformando em conceito jurídico (COSTA, 2007, p. 149). Sendo constitucionalmente positivado, portanto, o princípio da moralidade mostra-se “importante balizador normativo” a que toda Administração deve obediência (MACEI, 2017, p. 16).

O princípio da moralidade “como instrumento de controle da atividade administrativa do Estado” vem com objetivo que evita desvio e abuso de poder pelo Estado; assim, “a atividade administrativa, porque orientada à consecução do bem e do interesse públicos, não pode ser eticamente reprovável” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 65).

Entretanto, o princípio da moralidade no ordenamento jurídico brasileiro não se exaure no combate ao abuso e desvio de poder, pois deve-se levar em conta que o Estado, como Administração Pública, é também indutor de comportamentos. Nessa inteligência, a Administração Pública, como agente de estímulo de condutas, deve agir no intento de concretizar os objetivos do Estado, conforme previsão constitucional; isso pode ser visualizado no princípio da moralidade (MACEI, 2017, p. 18), pois se o Estado se detém, pela moralidade, a um comportamento ético, a sociedade deve ter isso como exemplo a ser seguido.

Dessa forma, o Estado, enquanto Administração Pública, não está apenas desautorizado a cometer abusos ou distanciar-se de seus desígnios, mas está obrigado a agir de forma correta e sempre buscando possibilitar, aproximar e/ou cumprir seus propósitos constitucionalmente elencados, a fim de servir também e principalmente como modelo e padrão de todos os atos, administrativos ou não, dentro de uma ideia de Estado.

Diante disso, é possível visualizar uma relação entre moral e justiça, e destas com a ética, que pode ser definida como “a teoria dos princípios, regras, critérios ou padrões valorativos da justiça e do comportamento justo” e a moral definida como “o comportamento ou agir segundo essa teoria” (TIPKE, 2002, p. 15). Portanto, a moralidade nada mais é do que o agir de acordo com o que se entende por ético e justo. E o que se entende por ético e justo é definido socialmente, considerando que “o princípio da moralidade caracteriza-se pela referência ao que a sociedade entende como ético” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 75), o que faz de seu conteúdo variável. “A essência do princípio da moralidade pública consiste na invalidade de todos os atos praticados pelo Estado incompatíveis com a interpretação *ética* do sistema e das normas jurídicas” (JUSTEN FILHO, 1996, p. 70-71).

É possível verificar que o princípio da moralidade, enquanto princípio constitucional, tem incidência na legislação, uma vez que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado sistemicamente, ou seja, deve ser visto como um sistema só, único e

com valores e objetivos unificados, que, através do exposto em sua Lei Maior, devem coadunar à realização dos objetivos do Estado.

A disposição do artigo 37 no texto constitucional traz questão relevante, pois considerando sua localização e submissão expressa à Administração Pública, poder-se-ia presumir que a Administração Pública somente “enquanto poder executivo, estaria vinculada ao princípio moral, excluindo, portanto, as esferas do poder legislativo e do judiciário” (MACEI, 2015, p. 100).

Cabe aqui fazer menção ao princípio da moralidade em sua versão ‘moralidade administrativa’, pois essa foi a primeira acepção adotada em seu estudo, por conta da localidade em que o princípio é trazido no texto constitucional, como já comentado; assim, o Direito Administrativo foi o primeiro campo do direito brasileiro a tratar da moralidade.

Ives Gandra da Silva Martins (1998, p. 17) entende que “O princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração”. E, no mesmo sentido já tratado, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a violação desse princípio na seara do Direito Administrativo é de que “Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos” e sua violação configura violação do próprio direito, ou seja, ilicitude do ato, que assujeita a conduta viciada a uma invalidação (MELLO, 2004, p. 109), mesmo quando encampado por lei (JUSTEN FILHO, 1996, p. 69).

Nesse seguimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 77) traz a distinção entre moral e direito, proferindo que licitude e honestidade “seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é legal é honesto)”. Mas, como confirma Hely Lopes Meirelles (2004, p. 89) “A *moralidade administrativa* constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)”.

Porém, o princípio da moralidade tido somente como moralidade administrativa não se mostra verdadeiro, pois, como bem ressaltado por Marco Aurélio Greco (2017, p. 281-282), diferente do que sustentam alguns autores, o princípio da moralidade não é mera referência ou sugestão, mas sim uma determinação positiva que deve ser considerada e cumprida, uma vez que, como dito, a moralidade no ordenamento jurídico pátrio é um princípio e, como constante no texto da Lei Maior, é tido como um princípio constitucional. Assim, não mais se fala em moralidade apenas administrativa, mas sim no princípio da moralidade como adstrito a todo agir estatal, ou seja, que deve ser imperiosamente observado por toda a Administração Pública, em todos os seus desdobramentos.

Tratamos do princípio da moralidade em sua acepção mais ampla, como moralidade pública (JUSTEN FILHO, 1996); essa que se aplica não só dentro do Direito Administrativo, no âmbito do Poder Executivo, mas também no Poder Legislativo e

Poder Judiciário, ou seja, na Administração Pública como um todo no exercício da função pública (MACEI, 2012, p. 77).

Nesse seguimento,

[...] na medida em que a Constituição consagra o princípio da moralidade, não é possível interpreta-la nem pretender aplicá-la, sem levar em conta esse princípio” e mesmo “a circunstância de, eventualmente, não prevalecer em determinado caso concreto não significará que tenha sido violado (GRECO, 2017, p. 281-282).

Assim, a interpretação sistemática do texto constitucional deve levar em conta o princípio da moralidade na mesma medida em que deve levar em conta a justiça.

Ademais, importante asseverar que a moralidade da Constituição não pode ser confundida com a moralidade da conduta dos sujeitos particulares, por isso nomeia-se o princípio da moralidade como “moralidade pública”, pois restrita ao âmbito do Direito Público. Dessa forma, como já dito, o princípio da moralidade pública vincula o aplicador e legislador do direito ao fator ético (JUSTEN FILHO, 1996, p. 66).

Nessa perspectiva, o princípio da moralidade impõe ao Estado “o prestígio aos valores éticos, à probidade, à honestidade, ao decoro, à lealdade, à boa-fé e, em última análise, à busca pela realização, tanto quanto possível, da justiça social” (COSTA, 2007, p. 150) e dos demais objetivos e propósitos do Estado de Direito brasileiro.

3 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que se refere ao estudo dos direitos fundamentais, uma das constatações mais relevantes para a sua compreensão é a noção de que os direitos fundamentais não são absolutos (RUAS; ESTEVEZ, 2016, p. 3).

O constituinte trouxe algumas restrições diretas aos direitos fundamentais e também autorizou, pela chamada reserva de lei, restrições legislativas para proteger os direitos de terceiros e bens de toda coletividade; além disso, nos casos de conflitos entre direitos e bens na prática, possibilitou ao legislador ordinário instituir restrições que não já determinadas pelo constituinte. Portanto não existem direitos fundamentais absolutos, ilimitados e incontrastáveis, impassíveis de restrição legislativa (STEINMETZ, 2001, p. 45).

Os direitos fundamentais são tidos, como um todo, como um “conjunto [...] de posições de vantagem juridicamente tuteladas” (NOVAIS, 2003, p. 55) aos particulares titulares desses direitos, pois “Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” (ALEXY, 2008, p. 50). Dessa forma, os direitos fundamentais manifestam-se na Constituição como normas de direitos fundamentais,

ou enunciados normativos de direitos fundamentais, sendo as disposições que reconhecem o direito fundamental como um direito, trazendo uma obrigação/imposição ao Estado, “enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais”, em favor dos titulares desses direitos fundamentais, direta, indireta “ou reflexamente, imediatamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por essas normas” (NOVAIS, 2003, p. 53-54).

Considerando a vantagem dos titulares dos direitos fundamentais em relação ao Estado e que os direitos fundamentais estão à disposição do particular, questiona-se que “importância tem o consentimento de um titular de direitos fundamentais para a admissibilidade de uma atuação do Estado no âmbito de proteção dos seus direitos fundamentais”, ou seja, até que ponto o titular de um direito fundamental pode legitimamente dispor desse direito e a admissibilidade por parte do Estado quanto a situação em que o particular dispõe de algum direito fundamental. “Este problema é discutido sob o conceito de renúncia aos direitos fundamentais” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 60).

O tema de renúncia a direitos gera debates. “Virgílio Afonso da Silva ensina que o instituto da renúncia é conhecido desde o direito romano, mas que sua recepção no âmbito do direito público sempre foi controversa” ainda mais “no âmbito dos direitos fundamentais” (RUAS; ESTEVEZ, 2016, p. 19). Isso deve-se ao fato de que inicialmente a eficácia externa dos direitos fundamentais “era pensada como eficácia horizontal” (ANDRADE, 2004, p. 137), apenas na relação particular-particular; mas sabe-se que os direitos fundamentais irradiam sua eficácia também de forma vertical, Estado-cidadão (NOVAIS, 2003, p. 65-70). Assim, a “Renúncia no caso de direitos fundamentais deve ser vista de forma diferente da renúncia de direitos no Direito Civil, pois não se identificam” (MC CRORIE, 2013, p. 35).

Tendo isso em conta, “Alguns autores ao invés de renúncia, falam em ‘disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais’, para dizer que na prática não se verifica renúncia como um todo” uma vez que o titular não renuncia ao direito como um todo, “pois sempre é possível depois o titular reivindicar o exercício de tal direito, ou a renúncia não seria legítima”, como veremos na sequência (NOVAIS, 2006, p. 219-221).

Mas parte significativa da doutrina entende que o termo ‘renúncia’ deve ser mantido, “pois uma vez que o conceito em Direito Constitucional não tem de corresponder ao conceito de direito privado, devendo a renúncia necessariamente significar a extinção de um direito”, não fazendo “sentido adotar uma concepção restritiva *a priori* do conceito de renúncia” (MC CRORIE, 2013, p. 35-36).

Essa noção não restritiva do termo e conceito de renúncia, advém da ideia de que a renúncia a um direito fundamental não corresponde a extinção desse direito fundamental (NOVAIS, 2006, p. 219).

Para entender porquê a renúncia não se confunde com a extinção, deve-se levar em conta a diferença existente entre renunciar ao exercício e renunciar ao direito, à sua titularidade. “Renúncia à titularidade é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica do exercício das faculdades [...] que decorrem dessa posição por todo o tempo previsto na declaração da renúncia” (NOVAIS, 2006, p. 221). Já a renúncia ao mero exercício, como são as renúncias a direitos fundamentais legítimas e aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, não é definitiva e o indivíduo continua sendo o titular da posição jurídica subjetiva (NOVAIS, 2006, p. 221-224).

Mas a doutrina dominante acredita que na prática não existe diferença entre a titularidade e a capacidade de exercício do direito fundamental, uma vez que “a necessidade constitucional de preservar para cada direito fundamental a existência de um conteúdo essencial torna aquela distinção num artifício inadmissível”, pois “um direito fundamental, sem a possibilidade de seu exercício, seria o mesmo que um direito sem conteúdo essencial” (NOVAIS, 2006, p. 227-231).

Mas Jorge Reis Novais (2006, p. 227-231) entende que a doutrina dominante confunde os institutos da titularidade e da capacidade de exercício dos direitos fundamentais, pois são conceitos bem diferentes; ser titular “de uma posição jurídica de direito fundamental e capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que integram” diferencia-se na noção de ESTAR (suspensão) ou SER (perda) privado da titularidade ou capacidade. “Pode-se dizer que num Estado de Direito que garante a dignidade da pessoa humana, a privação de titularidade de direito fundamental não existe”.

Ademais, para existência de uma renúncia válida a direitos fundamentais, a doutrina entende como elemento essencial (ou núcleo essencial) a existência da vontade, do poder individual de dispor, ou seja, que seja uma decisão voluntária do titular do direito fundamental de renunciar a ele (NOVAIS, 2006, p. 221-222).

A renúncia é um “compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental”, ou seja, “o indivíduo voluntariamente, diante de uma posição jurídica subjetiva”, protegida por norma de direito fundamental, “consente em enfraquecer essa posição em face do Estado, de entidades públicas [...] e essas alargam seus poderes de intervenção na esfera protegida do particular” (NOVAIS, 2006, p. 221-222). Assim, o indivíduo titular do direito fundamental voluntariamente dispõe de sua posição subjetiva de direito fundamental, enfraquecendo-a face ao Estado.

Portanto, a renúncia a direitos fundamentais, como enfraquecimento da posição jurídica subjetiva, como já visto, não pode ser confundida com a extinção dessa posição jurídica subjetiva face ao Estado e também não pode ser considerada como um “consentimento para lesão do bem jurídico definido como fundamental” (MC CRO-RIE, 2013, p. 36).

Para que uma renúncia a direitos fundamentais possa ser considerada legítima e válida, alguns pressupostos que devem ser atendidos: o respeito a dignidade da pessoa humana; a existência de declaração de vontade do próprio titular do direito fundamental; o caráter voluntário dessa declaração, que deve ser uma escolha livre e esclarecida, sem qualquer possibilidade de coação ou engano, o que exclui a renúncia em casos de desigualdade e/ou vulnerabilidade (NOVAIS, 2006, p. 215-217); e ser temporária, “vez que não se admite que o titular do direito fundamental renuncie a certa posição jurídica protegida constitucionalmente por tempo indeterminado” (NOVAIS, 2006, p. 215-217).

Se o exercício dos direitos fundamentais estiver isento de qualquer forma de impedimento que desigule a relação, independentemente da natureza dessa desigualdade, nesse caso prevalecerá, em princípio, a proteção à autonomia da vontade.

[...] Quando estiver em jogo algum bem material essencial à vida humana digna, a proteção aos direitos fundamentais envolvidos tem prevalência em relação à autonomia privada.

[...] Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana possui um duplo viés, qual seja, constitui um limite e ao mesmo tempo uma tarefa tanto dos poderes públicos como de toda a sociedade (LIMA, 2009, p. 09).

Também, a renúncia a direitos fundamentais deve levar em conta o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que deve ser preservado. Dessa forma, o “Conteúdo essencial dos direitos fundamentais apresenta-se na renúncia como limite absoluto de ingerência, definindo o limite da renúncia”, ou seja, o “conteúdo mínimo dos direitos fundamentais é óbice intransponível à renúncia” (ADAMY, 2008, p. 190).

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é limite a qualquer ingerência do Estado na regulação destes, em especial a sua limitação, uma vez que a Constituição deve “informar que o legislador pode regular, mas não alterar ou reduzir o conteúdo dos direitos fundamentais e equiparados”, visto que a “dignidade da pessoa humana e os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais são intocáveis” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 120-150), conforme determinação constitucional presente nas cláusulas pétreas descritas no §4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Mas a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é complexa, uma vez que é um conceito imprescindível, “pois impossível fornecer critérios minimamente orientadores para delimitar em abstrato o que é essencial no direito fundamental” (SANCHÍS, 2003, p. 222-235).

Além disso, as disposições constitucionais e infraconstitucionais quanto a renúncia a direitos fundamentais deve levar em conta o princípio da proporcionalidade: “enquanto limite à limitação do poder de disposição individual sobre as próprias po-

sições de direitos fundamentais” e, também, “enquanto limite à restrição de posições protegidas de direitos fundamentais efectuada com fundamento na renúncia do seu titular”, ou seja, deve-se ser proporcional na admissão da vontade do titular em renunciar e também proporcional na admissão da própria renúncia (NOVAIS, 2006, p. 278-282).

Portanto, “ou a restrição deve estar prevista constitucionalmente, ou ser para resultar a garantia de outros valores constitucionalmente relevantes ou protegidos”, através de uma leitura sistemática do texto constitucional, devendo “ser idónea, exigível, adequada e proporcional ao interesse prosseguido pela proibição de renúncia” (NOVAIS, 2006, p. 280-282).

O princípio da dignidade da pessoa humana possui importância singular e duplo viés, como visto, no tema das renúncias, pois ele consiste em limite e também fundamento da renúncia a direitos fundamentais, uma vez que, simultaneamente, “o princípio da dignidade humana é o fundamento da autonomia do titular do direito, é ela também o seu limite, na medida em que não se aceita o ato de renúncia que viole essa dignidade” (MENDES, 2006, p. 130).

Por isso, é possível enxergar a dignidade da pessoa humana em todos os fundamentos das renúncias a direitos fundamentais: no reconhecimento da autonomia do titular do direito fundamental e em sua liberdade em exercê-lo conforme os planos de sua vida, ou seja, livre exercício de seu direito fundamental; na vontade do titular que decorre da dignidade humana e no princípio de autodeterminação individual; no direito ao desenvolvimento da personalidade; na liberdade; no aceite da pluralidade de visões do mundo; e, em detrimento de uma visão protetora-paternalista dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2006, p. 269-278). Assim seja,

[...] tem-se entendido que o poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, de um autônomo direito ao desenvolvimento da personalidade, destes dois em conjunto, ou ainda do conteúdo de autonomia insito em cada um dos direitos fundamentais em especial. [...] Partindo das considerações que fizemos até aqui, constatamos que quem defende que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento da renúncia considera precisamente que a dignidade visa garantir a autonomia, sendo que é no exercício dessa autonomia que o indivíduo pode estabelecer limitações à sua liberdade que o Estado não poderia impor unilateralmente. Já os que fundamentam o poder de disposição no direito ao desenvolvimento da personalidade partem da ideia de que este direito, uma vez que compreende a autonomia individual e a autodeterminação e confere a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida, protege também, em termos gerais, a faculdade de cada pessoa dispor sobre as suas posições jurídicas de direitos fundamentais (MC CRORIE, 2013, p. 149).

Considerando isso, a contrariedade à noção paternalista, noção essa que considera os direitos fundamentais como deveres obrigatórios e sustenta-se na ideia de proteger o indivíduo contra si mesmo, advém da ideia de que em um Estado de Direito “assenta-se na dignidade da pessoa humana e tem o livre desenvolvimento da personalidade individual como um valor fundamental”, portanto se titular pode decidir sobre o exercício de seu direito, também pode decidir pela renúncia, por respeito ao livre arbítrio e autodeterminação individual; assim, a renúncia é uma forma de exercício de direito fundamental (NOVAIS, 2006, p. 273-278). Assim, respeitar a “autonomia privada é essencial para que a aplicação direta dos direitos fundamentais não se torne um instrumento paternalista e protetor, que impõe uma determinada visão de mundo” (MENDES, 2006, p. 123).

Portanto, a renúncia a direitos fundamentais pode ser considerada o próprio exercício do direito fundamental, em respeito ao que dispõe e caracteriza o Estado de Direito, conforme a opção constitucional pátria.

4 RESPEITO A MORALIDADE PARA VALIDADE DA RENÚNCIA A DIREITO FUNDAMENTAL

Ao nos posicionarmos aqui ao lado da doutrina que entende que a renúncia ao exercício de um direito fundamental é também uma forma de exercício desse direito, em respeito à autonomia, a autodeterminação individual, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a pluralidade de visões de mundo, entendemos por aceitável a renúncia aos direitos fundamentais.

Diante disso, a renúncia a direitos fundamentais na relação de eficácia vertical (Estado-cidadão) dos direitos fundamentais possui peculiaridades que devem ser respeitadas para que a renúncia seja considerada válida e legítima.

Além de atender o pressuposto gerais já comentados para a validade da renúncia, quais sejam: a existência de declaração de vontade do próprio titular do direito fundamental em renunciar ao seu exercício; o caráter absolutamente voluntário dessa declaração, sem qualquer situação de coação ou vulnerabilidade; e a temporalidade da renúncia ao exercício do direito fundamental; na renúncia a direitos fundamentais oponíveis contra o Estado existe um requisito específico a ser atendido.

Para a validade da renúncia a direitos fundamentais na relação entre Estado e cidadão é preciso respeitar o requisito da legalidade. Assim, no caso de a Administração Pública, em sua acepção total de Estado, aceitar a renúncia a direitos fundamentais como válida, legítima e constitucional, deve existir previsão legal para essa atuação, ou seja, deve existir o respeito a legalidade, a fim de proteger o cidadão contra as ingerências do Estado, exatamente como pressupõem os próprios direitos fundamentais.

Isso se dá, primeiramente, por conta da própria função dos direitos fundamentais de impor limites ao poder e interposição do Estado e proteger os cidadãos, especificamente quanto a sua eficácia vertical, que demonstra a importância da dupla dimensão desses direitos, como subjetivos e objetivos, uma vez que garantem uma posição jurídica subjetiva de proteção salvaguardando o indivíduo e, também, impõe ao Estado a garantia desses direitos, pois a dimensão objetiva reforça a imperatividade dos direitos individuais (ANDRADE, 2004, p. 107-111).

Na sequência, por conta da íntima relação dos direitos fundamentais com o próprio Estado de Direito, que possui a legalidade como um de seus mais relevantes e expressivos fundamentos, sabe-se que é indissociável aos direitos fundamentais a noção de Estado Constitucional Democrático, de Constituição, uma vez que “os direitos fundamentais são condição *sine qua non* do Estado constitucional democrático”, pois esses “podem ser considerados, ao mesmo tempo, instrumento, pressuposto e propósito, do Estado constitucional de Direito” (SARLET, 2011, p. 67-70).

Essa última consideração liga-se substancialmente a significativa percepção de que “Todas as renúncias devem ser vistas com base no que estabelece a Constituição, pois a renúncia à direitos fundamentais fica adstrita à admissibilidade constitucional”. Ou seja, só será legítima a renúncia quando a Constituição ou a lei baseada em norma constitucional determinar expressamente o não exercício (NOVAIS, 2006, p. 211-215).

“No entanto, na grande maioria dos casos, o texto da Lei Fundamental não fornece nenhum ponto de apoio para a admissibilidade ou inadmissibilidade da renúncia aos direitos fundamentais” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 60). Diante disso, ergue-se o requisito da reserva de lei.

Assim, no caso de a Administração Pública aceitar a renúncia a direitos fundamentais e inexistindo lei que disponha sobre e nos “casos em que a exigência de lei é inaplicável por falta de objeto, assim a reserva de lei é em casos que precisa uma atuação da Administração para restrição de direito fundamental” e, nesses casos, “aplicam-se os limites dos limites, sendo a reserva de lei e proporcionalidade necessárias” (NOVAIS, 2006, p. 257-267).

Aqui, cabe a elucidação de que os limites dos limites dos direitos fundamentais são a limitação existente para a restrição dos direitos fundamentais, que “São limites ou restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional”, sendo que são restrições indiretamente constitucionais e a competência para tal é através das “cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei” (STEINMETZ, 2001, p. 32).

Dessa forma, “Uma reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, é uma norma de competência” (STEINMETZ, 2001, p. 33). Mas “as reservas de lei não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restrição, fundamen-

tam a restringibilidade dos direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2001, p. 33). Deste modo,

A reserva de lei terá importância nas renúncias consideradas jurídicas, ou seja, aquelas cuja formalização é necessária, não se constituindo como mera abstenção ou inércia do titular-renunciante. Da mesma forma, a reserva de lei implica uma reserva de parlamento, vedando a previsão de nências com base em Medidas Provisórias, leis delegadas ou Convênios (ADAMY, 2008, p. 189).

A reserva de parlamento, por sua vez, é a determinação de que toda regulação quanto ao exercício dos direitos fundamentais deve ser acessível ao Estado e respeitar o poder democrático, não sendo adequada a delegação dessas decisões a Administração Pública na esfera do Poder Executivo e Poder Judiciário, mas apenas ao Poder Legislativo, no sentido de uma reserva de parlamento, com representatividade democrática mais ativa para essas decisões (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 135).

Importante termos em conta que todas as reservas de lei, sejam as simples ou qualificadas, que se referem à direitos fundamentais, devem ter uma harmonia entre meio (lei) e fim (finalidade, objetivo perseguido), ou seja, devem respeitar o princípio da proporcionalidade quanto às ingerências/limitações dos direitos fundamentais, que devem ser adequadas e necessárias para o alcance do fim perseguido, assim sendo constitucionalmente legítima. Dessarte, “a reserva de lei é reserva jurídico-fundamental de lei proporcional” (PIEROTH, SCHLINK, 2012, p. 148).

Assim, nos casos de renúncia não expressamente previstos no texto constitucional – e que constituem a quase totalidade das situações concebíveis – tudo dependerá de saber se os interesses e razões constitucionalmente relevantes que jogam a favor do não enfraquecimento da posição jurídica tutelada pela norma de direito fundamental são mais fortes que as razões, também constitucionalmente relevantes, que derivam da conjunção do interesse que o particular tem na renúncia com o interesse público que deverá necessariamente pré-existir a qualquer restrição de direitos fundamentais (NOVAIS, 2006, p. 268).

À vista disso, para serem validadas e legítimas, as renúncias a direitos fundamentais precisam, além dos pressupostos e requisito, estar em “conformidade material aos princípios e regras constitucionais, mormente os atinentes à restrição de direitos fundamentais” (NOVAIS, 2006, p. 267-268).

A Constituição Federal Brasileira, como vimos, traz em seu texto o princípio da moralidade pública, aqui especificamente já examinado, e seu conteúdo como tido por determinação do que a sociedade brasileira considera ético, moral e correto e, também, a noção de que a moralidade deve ser tida como orientação ao agir estatal

na forma de aplicar e interpretar as leis, a fim de externar os propósitos e objetivos constitucionais, por meio da leitura e aplicação da Constituição Federal de forma sistemática e como uma verdadeira bússola.

Portanto, se partirmos da concepção de que todas as disposições sobre direitos fundamentais devem levar em conta a leitura sistemática da Constituição, ou seja, a visão do texto constitucional como um todo e como orientação de toda a Administração Pública, o princípio da moralidade pública deve ser visto tanto como baliza quanto como objetivo, uma vez que os princípios são tidos como necessários de aplicação e otimização por toda conduta do Estado.

Sendo o princípio da moralidade, como vimos, uma incumbência constitucional, prevista no artigo 37, à Administração Pública de abster-se de agir de forma abusiva ou de apartar-se dos propósitos do Estado Brasileiro, devendo o Estado proceder de forma correta e buscando concretizar os objetivos elencados na Constituição Federal, os direitos fundamentais possuem uma entranhável relação com este princípio, visto que, como já mencionado, os direitos fundamentais são indissociáveis das noções de Estado de Direito e Constituição, sendo fundamentais para o Estado Constitucional Democrático Brasileiro (SARLET, 2011, p. 67-70).

Logo, não se pode tratar de direitos fundamentais sem tratar do princípio da moralidade pública.

Ademais, considerando o já exposto de que o conteúdo da moralidade é consagrado a refletir o que a sociedade (brasileira, no caso) entende como moral, ético e justo e deve aplicar essa consideração na atuação do Estado, o princípio da moralidade também possui uma dimensão democrática, que auxilia e complementa o requisito de reserva de lei e reserva de parlamento aqui já explorados.

Consequentemente, a renúncia a direitos fundamentais deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, ser uma renúncia não considerada imoral, injusta, antiética ou errada do ponto de vista social brasileiro.

Porém, deve-se ter em conta que esse agir, de acordo com um comportamento ético de moralidade, não pode ser confundido com um moralismo, uma vez que esse último é a visão de cada um perante o mundo, do ponto de vista filosófico, no qual se reduz a moralidade a condutas concretas a serem realizadas, ou seja, normas pré-definidas que conduzem as ações concretas (GRECO, 2017, p. 284).

A moralidade enquanto regente do agir estatal difere-se profusamente do moralismo, pois não traz normas pré-definidas, mas uma orientação, um norte de como agir, sem estabelecer regras concretas. Por isso é que se fala da moralidade, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como uma norma que caracteriza um princípio e não uma regra, como aclarado anteriormente.

Por tudo isso, o princípio da moralidade pública deve ser sempre respeitado, especialmente quanto da atuação referente a direitos fundamentais. Portanto, é manifesto

o dever de respeito ao princípio da moralidade pública nas renúncias a direitos fundamentais a fim de que estas sejam consideradas legítimas, válidas e constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A renúncia ao exercício de um direito fundamental é exercício do direito fundamental.

Entretanto, esse exercício deve respeitar alguns pressupostos e, na relação entre Estado e cidadão, também deve respeitar o requisito de reserva de lei. Diante disso, para que a renúncia a direitos fundamentais seja válida e legítima, ela deve respeitar todas essas exigências.

Além disso, para ser considerada de fato constitucionalmente aceita, a renúncia a direitos fundamentais deve estar de acordo com o disposto na Constituição, em uma leitura sistemática e total do texto constitucional, seus propósitos e objetivos.

A Constituição Federal brasileira impõe, em seu artigo 37, o dever de obediência ao princípio da moralidade por toda a Administração Pública. A partir disso, temos a acepção desse princípio como moralidade pública, pois deve orientar todo o agir estatal.

À vista disso, o princípio da moralidade, em sua acepção de moralidade pública, deve sempre ser respeitado pelo Estado, especialmente quanto da atuação referente a direitos fundamentais; então, o princípio da moralidade pública deve ser respeitado para que a renúncia a direitos fundamentais seja legítima, válida e constitucional.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Guilherme Augustin. **Renúncia de direitos fundamentais e tributação**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 211 f.. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária: Exequibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. Moralidade administrativa: uma questão de postura. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Demetrius Nichele Macei**. Curitiba: Instituto Memória, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Princípio da moralidade pública e o direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 67, p. 65-79, 1996.

KARAM, Fabiana Silveira. Das relações entre o Direito e a Moral (um ensaio sobre o pensamento de Kant). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 2, n. 2. 2007. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/195>. Acesso em: ago. 2020.

LIMA, Jairo Néia. Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 5, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/62>. Acesso em: ago. 2020.

MACEI, Demetrius Nichele. Tributação, moralidade e sustentabilidade. **Anais do Universitas e Direito - PUCPR**, p. 66-80, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://do-cplayer.com.br/46944020-Tributacao-moralidade-e-sustentabilidade-taxation-morality-and-sustainability.html>. Acesso em: ago. 2020.

MACEI, Demetrius Nichele; MURTA, Antônio Carlos Diniz. A Moralidade na Constituição Brasileira e os seus Efeitos na Administração Fazendária. In: Maria Lírida Calou de Araujo; Jefferson Aparecido Dias. (Org.). **Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano**. 1. ed. v. 13. p. 94-120. Madrid: Laborum, 2015.

MACEI, Demetrius Nichele; SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro da. Moralidade Tributária - Instrumentos Para Análise. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, ano X, n. 17. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima17/13-Moralidade-Tributaria-Instrumentos-Para-Analise-MACEI-e-SILVA.pdf>. Acesso em: ago. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O princípio da moralidade no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MC CRORIE, Benedita da Silva. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Almedina, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Laura Schertel F.. Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade. **Revista Direito Público**, Brasília, n. 13, p. 121-133, jul/ago, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1317>. Acesso em: ago. 2020.

NINO, Carlos Santiago. Derecho, moral, política. **Revista DOXA**, Alicante (Espanha), n. 14, p. 35-46, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RUAS, Celiana Diehl; ESTEVEZ, André Fernandes. Renúncia contratual a direitos fundamentais. **E-Civitas – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH**, Belo Horizonte, v. IX, n. 1, jul, 2016. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/1739>. Acesso em: ago. 2020.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. **SSRN**, New Haven. 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657. Acesso em: ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo, Malheiros, 2002.

WEYNE, Bruno Cunha. A concepção de direitos humanos como direitos morais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6. 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/17>. Acesso em: ago. 2020.

PARTE 4
DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS,
TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS

A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O FINANCIAMENTO PÚBLICO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL

PARTICIPACIÓN POPULAR Y FINANCIAMIENTO PÚBLICO EN LA REGULARIZACIÓN DEL SUELO URBANO DE INTERÉS SOCIAL

Cinthia Gomes Dias¹

RESUMO

O processo de urbanização vivenciado no Brasil refletiu o predomínio do capital na formação das cidades, levando parte da população de baixa renda a buscar alternativas de moradia em locais negligenciados pelo mercado e pelo poder públicos, originando assim assentamentos urbanos informais. A partir da Constituição Federal de 1988, das garantias fundamentais de participação popular e do federalismo fiscal, houve uma gradual modificação do panorama legislativo no que tange à regularização fundiária urbana no Brasil, possibilitando não apenas o procedimento de regularização pelos municípios, como também um fato importante para a garantia deste direito, o financiamento, por meio de fundos. Nesse contexto, o presente estudo aborda a evolução da regularização fundiária urbana na legislação brasileira, o direito à participação neste instrumento de política urbana e os possíveis meios de financiamento de tais procedimentos.

Palavras-chave: evolução legislativa; regularização fundiária urbana; reurb e Reurb/S; participação popular; política pública; financiamento.

RESUMEN

El proceso de urbanización experimentado en Brasil reflejó el predominio del capital en la formación de ciudades, llevando a parte de la población de bajos ingresos a buscar alternativas habitacionales en lugares abandonados por el mercado y las autoridades públicas, creando así asentamientos urbanos informales. A partir de la Constitución Federal de 1988 y de las garantías fundamentales de participación popular y federalismo fiscal, hubo una modificación gradual del panorama legislativo, en lo que respecta a la regularización de suelos urbanos en

1 Cinthia Gomes Dias

Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direito Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (2013). Especialista em Direito Constitucional, Tributário, Direito Público e Direito Notarial e Registral. Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna (MG). Procuradora do Município de Curitiba (PR) de 2010 à 2024. Registradora Civil no Estado do Tocantins. E-mail: cinthiagd@yahoo.com.br

Brasil, permitindo no sólo el procedimiento de regularización por municipios, sino también un hecho importante para garantizar este derecho es la financiación, a través de fondos. En este contexto, el presente estudio aborda la evolución de la regularización del suelo urbano en la legislación brasileña, el derecho a participar en este instrumento de política urbana y los posibles medios de financiación de dichos procedimientos.

Palabras-claves: evolución legislativa; regularización del suelo urbano; reurb y Reurb/S; participación popular; política pública; financiamiento.

1 INTRODUÇÃO

É preciso entender a cidade como o resultado das muitas intervenções privadas e estatais. Estas são feitas através de investimentos estruturais e organizacionais que afetam a infraestrutura urbana e definem estratégias sociais e políticas.

Neste contexto, podemos perceber no decorrer da história brasileira, que a luta pela participação popular no âmbito do planejamento e gestão de políticas urbanas apresenta um constante enfrentamento da exclusão social. Dessa forma, propõe uma maior democratização da sociedade e busca intervir no processo de decisão das políticas urbanas, visando, dessa maneira, uma melhor distribuição de bens e serviços.

Verifica-se, portanto, a necessidade de viabilizar cada vez mais a participação popular, e, dentro do contexto histórico, pode-se notar que os processos participativos aos poucos se desenvolvem.

Ademais, o financiamento público das regularizações fundiárias urbanas, tem se mostrado como um mecanismo de garantia de direitos fundamentais como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

É dentro deste contexto que se percebe o surgimento de novas atividades econômicas, o que, somado ao crescimento populacional, demanda o desenvolvimento de novos métodos de regularização da propriedade. Cabe ao Poder Público se adequar às exigências da sociedade a que serve e criar meios de controlar essas construções irregulares. Contudo, as políticas públicas, ou mesmo a falta delas, têm contribuído para o adensamento indiscriminado, e as construções irregulares.

Nessa ótica, o trabalho investigou o impacto da participação popular quando do desenvolvimento das políticas públicas de regularização fundiária, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, bem como seu entrelaçamento com o financiamento público, destacando a relevância deste último como ferramenta para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 OS ASSENTAMENTOS URBANOS INFORMAIS E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A falta de regularidade na ocupação do solo brasileiro tem raízes que remontam ao período do descobrimento. Isso ocorreu porque, desde o momento em que o Brasil foi conquistado, o Rei de Portugal, Dom Manuel I, reivindicou a posse de todo o território. Com o objetivo de viabilizar a colonização e exploração completa, à Coroa portuguesa concedeu vastas extensões de terra aos chamados donatários por meio das Cartas de Sesmaria (Kumpel, 2020, p. 130).

Desse modo, o Rei de Portugal estabeleceu o sistema das capitanias hereditárias, que posteriormente foi substituído pelo sistema de governadores e capitães gerais. A evolução do sistema de atribuição de domínio sobre os bens imóveis no Brasil se caracterizou pela gradual modificação e reestruturação, transformando o título de propriedade originalmente detido pela Coroa em inúmeros domínios privados (Kumpel, 2020, p. 131).

Inicialmente, o sistema de sesmarias desempenhou um papel fundamental no processo de povoamento e ocupação efetiva do território brasileiro. As sesmarias eram concedidas em nome da coroa portuguesa, que mantinha a posse das terras, delegando apenas autoridade de governo no ato da doação. As terras concedidas tinham que ser utilizadas de forma produtiva; os beneficiários das sesmarias tinham a responsabilidade de explorar terras desocupadas ou arrendá-las a terceiros para que fossem cultivadas. Caso contrário, as terras não utilizadas seriam confiscadas e concedidas a outros, ou mesmo devolvida a coroa, onde surgem as terras devolutas.

Dessa forma, não existia propriedade no sentido moderno, e todas as relações econômicas giravam em torno da posse.

O regime das sesmarias perdurou até a independência do Brasil em 1822 (Kumpel, 2020, p. 132). Depois disso, veio a Lei de Terras nº 601 de 1850, houve um hiato normativo em que não se disciplinava a propriedade imóvel e suas transmissões. Nesse período, houve uma ocupação do solo progressiva, mediante a simples tomada de posse na ausência de qualquer título. Assim, neste momento, as transmissões das propriedades imóveis passaram a ser feitas pela simples tradição. Aqueles que não possuíam títulos decorrentes das Sesmarias ou das Capitanias Hereditárias passaram simplesmente a ocupar as terras, de modo que a situação novamente girava em torno da posse.

Essa situação inicialmente não despertou o interesse do legislador, já que a posse era algo concreto que satisfazia os anseios das partes. No entanto, a situação não se mostrou tão eficiente em relação à garantia hipotecária existente na época. Era comum que uma mesma pessoa desse em hipoteca o imóvel para vários credores, sem que uns soubessem dos outros, o que tornava difícil para

os credores satisfazerem os seus créditos, uma vez que o imóvel garantia várias hipotecas.

Somente em 1850, com a Lei nº 601 (Lei de Terras) e seu Regulamento nº 1.318/1854, a posse foi legitimada, mediante a separação da posse privada e o domínio público de terras (Kumpel, 2020, p. 132). Nessa época, todas as demais posses que não fossem do domínio público, seriam registradas nos livros paroquiais, os quais, passaram a denominar de Registro do Vigário. Tal registro, em verdade, registrava a posse e não a propriedade. Surge, em 1843 o Registro de Hipotecas em função da necessidade de proteção e garantia do crédito, permanecendo a propriedade desassistida.

Em 1864, a Lei nº 1.237, que criou o Registro Geral e substitui a tradição pela transcrição como modo de transferência, continuando o contrato a gerar efeitos obrigacionais. O registro não era constitutivo e sim declaratório da propriedade. Com o advento do Código Civil de 1916, o Registro Geral foi substituído pelo Registro de Imóveis com a incumbência de constituição de direitos reais, bem como a atribuir presunção relativa de veracidade a estes direitos como decorrência da inscrição.

Como marco fundamental do direito registral e do direito à propriedade veio a Lei nº 6.015/1973, instituindo o novo sistema de registro imobiliário brasileiro, com foco no imóvel e no consequente direito de propriedade. Nas décadas de 60 e 70, em decorrência do êxodo rural, houve um acelerado crescimento populacional nos grandes centros urbanos, todavia de maneira totalmente irregular, desordenado e sem um mínimo de planejamento.

Na tentativa de evitar a ocupação irregular, o Poder Público editou a Lei nº 6.766/79 que regulamentou o parcelamento do solo urbano. Estabelecia-se a época que um percentual de no mínimo 35% (trinta e cinco por cento) da gleba deveria ser atribuída como área pública. Tal dispositivo posteriormente seria revogado, tornando um impeditivo para as populações de baixa renda, pois tais medidas provocavam o encarecimento dos lotes nos parcelamentos urbanos. Desta forma, na tentativa de regularizar os parcelamentos, tal lei acabou por acentuar os parcelamentos ilegais, a margem do sistema imposto (Amadei, 2020, p. RB-2.9).

A política habitacional não foi suficiente para atender à crescente demanda por novas moradias, especialmente entre as classes sociais mais baixas. Sem alternativas para moradia digna, famílias de baixa renda foram forçadas a buscar ocupações irregulares em áreas periféricas ou em terrenos subutilizados, muitas vezes sem acesso a serviços básicos como água, luz e esgoto.

Diante desse cenário, é possível afirmar que o Poder Público falhou em sua missão constitucional de fiscalizar e coibir o exercício abusivo do direito de propriedade pelos empreendedores, bem como o avanço da ocupação irregular em áreas urbanas, vez que, não era capaz de resolver o problema habitacional emergente.

3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

A Constituição Federal de 1988, ao ser promulgada, passou a prever o direito fundamental à propriedade. Entretanto, não se refere a qualquer tipo de propriedade, e sim àquela que atenda ou cumpra com as funções sociais inerentes à propriedade. Ainda definiu o Estado Democrático de Direito, propondo um modelo de organização política onde se leve em consideração a liberdade, a igualdade, o pluralismo político e a justiça social (Brasil, 1988).

Tem-se, assim, o delineamento do Estado Democrático de Direito, que traduz a assunção dos elementos estruturais do Estado de Direito, voltado à concretização de direitos fundamentais, que se qualificam, na perspectiva do Estado Social, como um conjunto de direitos que impõe ao Poder Público a tarefa de assegurar a todos uma vida com dignidade.

Segundo Maliska (2013, p.67), o conceito de democracia presente na Carta Magna aponta para um novo momento:

Trata-se de compreender a democracia não mais apenas segundo o princípio da maioria, mas por meio da conformidade institucional.” Citando Rosanvallon, diz que se vive uma nova era de legitimação democrática, pois a ideia de sistema democrático assentado a dupla legitimação, ou seja, sobre eleições gerais e serviço público, uma ideia que fortaleceu no século XX com o chamado Estado social, hoje dá lugar a outros conceitos como: imparcialidade, reflexividade, pluralidade, solidariedade, proximidade ao cidadão.

Embora existam entendimentos de que a Constituição Federal de 1988 possua uma democracia predominantemente representativa, conforme explica Bonavides (2000, p. 294) há vários institutos que permitem a participação direta do cidadão na formação da vontade normativa do Estado.

A busca por uma participação popular, em especial a participação administrativa, é uma busca por uma maior concretização do princípio democrático. Portanto, verifica-se que recorrentemente se usa como fundamento, como ponto de partida para a participação popular o aspecto democrático de um dado Estado.

Aborda-se aqui, especificamente a possibilidade de se entender participação popular na administração como parte dos direitos fundamentais inerentes à democracia deliberativa.

Neste diapasão faz-se necessário ter uma melhor compreensão do sentido da participação popular, sendo que aqui se tomará por base o princípio do Estado

de Direito e o princípio Democrático, que permite a influência dos cidadãos na tomada de decisões junto ao Poder Público.

Esta viabilidade de os cidadãos interferirem no conteúdo das decisões administrativas reflete-se em outras definições do fenômeno participativo, como a oferecida por Oliveira (2010, p.167 a 194), de que:

é possível definir a participação administrativa, como a possibilidade da intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas.

O princípio assente na Constituição Federal de que o “poder emana do povo”, inspira a democracia, mas não a democracia representativa clássica, ou seja, não se realiza somente na simples escolha de representantes para ocupar as funções públicas. Ela envolve a ideia de participação popular.

Na mesma direção Adriana Schier:

[...] o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorre diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático. Portanto, concretiza o Estado Democrático de Direito, princípio estruturante da República Federativa do Brasil, conforme a fórmula prevista no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988. (SCHIER, 2002, p.78)

Assentadas tais premissas constitucionais, e verificando-se as legislações seguintes como forma de combate às ocupações irregulares, nota-se uma ausência de instrumentos que garantam a participação popular. Tal premissa é fundamental pois permite inferir porque vários destes institutos não foram efetivos.

Desta forma, em resposta aos problemas sociais expostos, outro marco regulatório editado foi o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que, amparado no direito fundamental à moradia assegurado na CF/88, o estabeleceu como diretriz geral. Entretanto, no que se refere à irregularidade fundiária urbana, não houve um enfrentamento direto desse tema, ressaltando-se apenas a usucapião coletiva, mecanismo que posteriormente revelou-se de pouca aplicação prática.

Mais adiante, promulgou-se a Lei nº 11.977/2009, considerada por muitos como um marco em termos de regularização fundiária, tendo em vista que regulamentou novos instrumentos jurídicos aptos a enfrentar essa importante questão social. Todavia, a Medida Provisória 759, de 22/12/2016, revogou todo o Capítulo III da referida lei e o Capítulo XII da Lei nº 6.015/73, que tratavam especificamente da regularização fundiária urbana.

Surge então, a Lei nº 13.465/2017, que traz consigo profundas alterações em relação ao diploma normativo anteriormente revogado e regulando a regularização fundiária urbana na forma atualmente vigente, introduzindo novos mecanismos jurídicos. O artigo 9º da referida lei define que a regularização fundiária abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes (Cunha, 2023, p. 35/36).

Pode-se perceber que o legislador pautou-se por uma ideia de regularização fundamentada nas diversas dimensões dos problemas fundiários, as quais requerem múltiplas tipologias de soluções, tratando a informalidade imobiliária em toda a sua abrangência, sem se desvincular do conceito tradicional de simples titulação para fins de regularização.

Nesse contexto evolutivo, percebe-se que pouco se menciona na referida lei, sobre a efetiva participação da população diretamente envolvida na regularização sobre os seus reais anseios.

Sob o enfoque do direito à democracia participativa, avulta-se a importância do desenvolvimento teórico do tema, sobretudo para fomentar a cultura da participação popular como instrumento da democracia e da cidadania, além da implementação de uma cidade sustentável socialmente.

A regularização, como mencionado, transcende uma mera retificação do registro imobiliário. Ela não pode ser vista como um fim em si mesma, mas como meio para enfrentar a causa raiz dos assentamentos informais, abrangendo todas as vertentes relacionadas ao núcleo informal urbano. Dessa forma, a efetiva participação popular terá o condão de garantir direitos fundamentais à moradia, a função social da propriedade, a segurança jurídica, a salubridade e segurança habitacional das pessoas, além do respeito às normas ambientais.

Deve-se garantir o direito a “cidades sustentáveis”, as quais são destinadas aos seus habitantes, como componente do Piso Vital Mínimo, estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, tendo como decorrência os direitos a: terra urbana; à moradia; saneamento básico; infraestrutura urbana; transporte público; serviços públicos de educação e saúde; ao trabalho; lazer; e à segurança.

4 A POLÍTICA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO DO PROCEDIMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e com o fortalecimento do federalismo cooperativo, verifica-se que o Brasil adotou o sistema misto de captação de receitas públicas, formado por dois mecanismos: a

captação direta, decorrente das instituições dos tributos atribuídos constitucionalmente, e a captação indireta, referente ao sistema de transferências intergovernamentais (Martynychen, 2021, p. 68).

Em relação a captação indireta, mediante transferências de receitas, encontramos a participação em fundos. Este, como será visto mais adiante, é um dos principais financiadores dos procedimentos administrativos de regularização fundiária.

Todavia, antes de adentrar especificamente na questão do financiamento necessário, será mencionado a competência para legislar sobre regularização fundiária urbana.

A Constituição Federal qualifica a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e para tanto, atribui competências legislativas específicas para cada dos Entes Federados. Assim, estabelece em seu art. 24 a competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. (Brasil, 1988)

Cabe ainda aos Municípios a competência, nos termos do art. 30 da Constituição, a atribuição de legislar quanto ao uso e ocupação do solo urbano, quanto aos interesses locais. Nesta perspectiva, a União editou a Lei nº 13.465/2017, que regulamentou a regularização fundiária urbana e atribui ao Município a competência para realizar o procedimento administrativo de regularização fundiária (Brasil, 1988).

Cabe ainda mencionar que a lei abrange em especial duas categorias de regularização fundiária urbana: a Reurb de Interesse Social (Reurb-S), que se aplica à regularização fundiária de núcleos urbanos informais predominantemente habitados por pessoas de baixa renda, conforme declarado por decisão do Poder Executivo municipal; e a Reurb de Interesse Específico (Reurb-E), destinada à regularização fundiária de núcleos urbanos informais ocupados por população que não se enquadra como baixa renda. (Gentil, 2022, p. 780-781)

A efetiva implementação da regularização fundiária exige um compromisso conjunto do Estado e da sociedade civil. O Estado deve assumir um papel protagonista, criando políticas públicas abrangentes, investindo em recursos humanos e materiais e promovendo a participação social no processo de regularização. A sociedade civil, por sua vez, pode contribuir através da mobilização social, da organização das comunidades e do acompanhamento das ações governamentais.

Essa implementação por parte do Estado, em especial dos Municípios, pode se perfazer com efetivo financiamento, através de verba pública, empréstimo de servidores para a consumação de projetos como os de engenharia e urbanismo, e agora, conforme a lei de regularização fundiária, com a legitimação de áreas públicas.

É perceptível que a União criou uma obrigação de gastos para os municípios, obrigação esta, sem fornecer os recursos necessários, nestes termos explica Mendes (2016, p.33):

Unfunded mandates é quanto o legislador federal cria uma obrigação de ação ou gasto para os estados ou municípios sem, contudo, lhes fornecer os recursos necessários para cumprir a nova lei.

Para além da segurança jurídica que deve existir com a realização do procedimento administrativo de regularização fundiária, é necessário e fundamental a existência de recursos financeiros aptos a garantir o cumprimento da obrigação atribuída aos municípios.

Assim, frente ao impasse orçamentário atribuído aos municípios, recentemente a lei de regularização fundiária foi alterada permitindo o financiamento público ou privado para as obras de infraestrutura essencial, os equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais quanto à regularização fundiária urbana de interesse social. Ademais de permitir aos municípios a utilização de verbas obtidas pelo sistema de transferências intergovernamentais.

Tanto na Reub-S, de interesse social, quanto na Reub-E, que não se enquadra como de interesse social, é possível para os projetos e as obras de infraestrutura essencial. Destacam-se vias de acesso, iluminação pública, solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais, ligações domiciliares de abastecimento de água e de energia elétrica, além de eventuais indenizações aos antigos proprietários utilizar recursos do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) e do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS), bem como por outras fontes de financiamento públicas, privadas ou internacionais (Lei nº 13.465/2017).

Dessa forma, em especial quanto as obras de infraestrutura essencial e quanto a eventuais indenizações aos antigos proprietários da área a ser regularizada é possível ao município utilizar-se de uma transferência indireta, através do Fundo de destinação com finalidade definida, como uma das formas de financiamento.

Os bens que constituem o FDS são dotações orçamentárias da União, resultados financeiros de suas aplicações e dos recursos provenientes de doações ou convênios internacionais. Portanto, os Fundos mencionados podem financiar as regularizações fundiárias, todavia, ainda é preciso verificar quanto, ou qual valor que compõe referidos fundos serão destinados aos Municípios, e para tanto, será necessária a análise das Leis Orçamentárias

Muito importante, ainda, é que os municípios tenham planos de gestão eficientes e descentralizados para a gestão dos recursos recebidos, para garantir

que a regularização fundiária seja bem-sucedida e beneficie efetivamente os cidadãos. Desta forma, a partir desse novo horizonte normativo, é possível afirmar que a regularização fundiária esta se fortalecendo, seja por garantir uma maior participação popular, seja por ter vinculada aos seus fins, fundos destinados ao seu financiamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As história de ocupação de terras no Brasil demonstram que desde a época da colonização convivemos com a ocupação irregular das terras, seja pela forma como as terras eram ocupadas, seja pela falta de regulamentação que tratasse especificamente do direito de propriedade. Mesmo com as leis posteriormente regulando o direito à propriedade, ainda assim, as normas foram direcionando àqueles que possuíam condições econômicas de efetivamente parcelar e regularizar as terras, deixando as classes sociais mais baixas sem condições de financiar a regularização de suas terras.

Com a Constituição Federal de 1988 mediada pelos seus princípios e valores, com vistas à concretização dos Direitos Fundamentais vai assumindo posição importante a participação popular, a função social da propriedade, o direito à moradia digna, o federalismo fiscal cooperativo.

Nesta esteira, a política de regularização fundiária urbana ganha uma nova roupagem com a publicação da Lei Federal nº 13.465/2017, estabelecendo normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), e atribuindo aos municípios a competência quanto ao procedimento de regularização.

No contexto das alterações, inseriu no ordenamento jurídico a possibilidade de financiamento por meio de transferência indireta, através do Fundo de destinação com finalidade definida, sendo eles: o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE); o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) e o Fundo de Desenvolvimento Social (FDS).

Tais Fundos, servem para garantir o direito fundamental à moradia digna e mais, para o efetivo financiamento de áreas, em especial de interesse social e ficaram desde o descobrimento do Brasil afastadas da regularização ambiental, urbanística e de titulação.

REFERÊNCIAS

AMADEI, Vicente de Abreu. **Registro de imóveis e parcelamento do solo** [livro eletrônico] 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (Coleção de direito imobiliário; v. IV / Alberto Gentil de Almeida Pedrosa, coordenador).

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do Império**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=L0601%2D1850&text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 1.237 de 24 de setembro de 1864. **Reforma a legislação hypothecária, e estabelece as bases das sociedades de crédito real**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim1237.htm. Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964. **Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4380.htm . Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. **Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990. **Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm . Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.677 de 13 de julho de 1993. **Dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento Social, e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8677.htm. Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.188 de 12 de fevereiro de 2001. **Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10188.htm . Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Leis_2001/l10257.htm . Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de

maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm Acesso em: 12 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm Acesso em: 12 de nov. de 2023.

CUNHA, Michely Freire Fonseca. Manual de regularização fundiária urbana – **REURB**. 4ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

GENTIL, Alberto. **Registros Públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

KUMPEL, Vitor Frederico. Tratado Notarial e Registral. Vol. 5, 1ª Ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTYNYCHEN, Marina Michel de Macedo. **O Federalismo fiscal brasileiro: o papel do Supremo Tribunal Federal e a busca do equilíbrio entre a repartição de recursos e o cumprimento das competências constitucionais dos Entes Federados**. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro. Constituições Econômica e Social. 2ª edição. SP: RT, 2021.

MENDES, Marcos José. Federalismo Fiscal Brasileiro no Âmbito Econômico. In: Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha. CAMPOS, Cesar Cunha e MENDES, Gilmar Ferreira. SP: FGV Projetos. Volume 4, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NOVOS CAMINHOS PARA ENTENDER O DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

NUEVAS FORMAS DE ENTENDER EL DÉFICIT DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Gustavo Pardo Salata Nahsan

RESUMO

Este artigo tem por fim realizar um estudo formal sobre o complexo sistema jurídico de financiamento da previdência social, explorando o regime jurídico da política tributária de renúncias que impactam na arrecadação da previdência social. O principal problema da pesquisa é saber se o regime jurídico de renúncia direta e indireta de receitas praticado pela União Federal e pelos Estados do Mato Grosso e Santa Catarina, bem como, os Municípios de Cuiabá e Chapecó, interfere na formação do déficit das contas da previdência social de servidores desses entes federativos e do regime geral.

Palavra-chave: orçamento público; renúncia; receitas tributárias; Previdência Social.

RESUMEN

El propósito de este artículo es realizar un estudio formal sobre el complejo sistema jurídico de financiamiento de la seguridad social, explorando el régimen legal de la política tributaria de las exenciones que impactan en el cobro de la seguridad social. El principal problema de la investigación es conocer si el régimen jurídico de condonación directa e indirecta de ingresos practicado por la Unión Federal y los Estados de Mato Grosso y Santa Catarina, así como los Municipios de Cuiabá y Chapecó, interfiere en la formación del déficit de las cuentas de seguridad social de los empleados de estas entidades federativas y del régimen general.

Palabra clave: presupuesto público; dimisión; ingresos fiscales; Seguridad social.

1 INTRODUÇÃO

A previdência social consiste em um sistema social de proteção de renda dos cidadãos. É um sistema restrito, que oferece proteção apenas aos contribuintes do sistema. Contudo, é um sistema social de contribuição, pois os cidadãos contribuintes não são os únicos a contribuir para o sistema funcionar. Toda a sociedade contribui.

No debate público, verifica-se que uma discussão central envolve a hipótese de as contribuições sociais pagas pelos contribuintes serem (ou não) capazes de manter o equilíbrio financeiro e, portanto, os benefícios dos segurados. A complexidade desse assunto não se encerra nesse tema. É muito claro que os entes federativos têm criado mecanismos que atuam indiretamente como fonte de financiamento dos regimes próprio e geral da previdência social. Exemplo disso é que os Estados e municípios contribuem para o regime próprio, com receitas de impostos.

Trata-se de uma pesquisa envolvendo todos os benefícios indiretos concedidos com receita tributária com destino a regimes próprios e geral da previdência social que impactam em sua receita, por exemplo, as diferentes legislações que envolvem a folha de pagamento dos servidores públicos e os benefícios legais que afetam a previdência, bem como, as renúncias de receita sobre as folhas dos trabalhadores do regime geral. Analisar se o tema foi judicializado e se – por acaso – a jurisprudência brasileira tem posição firmada sobre o tema, bem como, avaliar se o regime jurídico que autoriza as políticas de renúncia de receitas nesses entes da federação, procurando saber se há tributos ou outras fontes indiretas sendo aplicados no financiamento das políticas previdenciárias desses entes federativos.

Dada a especialidade técnica do tema, a pesquisa priorizará a busca de literatura no sistema de publicações técnicas do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, no site Scielo de pesquisa, no google acadêmico, no Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA; também vai mapear a legislação que autoriza renúncias fiscais, além de analisar a forma de registro dessas operações, a partir dos RREO-Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária, bem como de outros relatórios que acompanham os projetos de PPA-Plano Plurianual, LDO-Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA - Lei Orçamentária Anual, na forma de Anexos, dos últimos cinco anos; buscará informações disponibilizadas por Tribunais de Contas, ¹assessoria técnica do Congresso Nacional e de Assembleias Legislativas dos Estados e nas Câmaras Legislativas municipais descritas acima e também utilizará de mapeamento documental da contabilidade pública do portal da transparência das previdências sociais.

2 OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

O sistema previdenciário existente no Brasil tem três regimes, o regime público geral da previdência social, que tem o maior grupo de associados, porque cobre segurados que não trabalham como servidores públicos de carreira; o regime público

¹ Advogado sócio do firma Nassan Assessoria, Mestre em Agronegócios pela UFMT, Mestre em Direito pela UNOESC, Doutorando em Direito pela UNOESC, Professor e Coordenador do curso de Direito FAIPE e da Pós-Graduação Faculdade São João.

de servidores públicos de carreira (federais, estaduais e municipais), e o regime de previdência privada, complementar aos dois regimes públicos. O terceiro regime não integra a previdência social. Os dois primeiros, sim.

Para este estudo, somente os regimes da previdência social serão analisados, pois o objetivo é entender a viabilidade financeira desses planos.

O município de Chapecó, em Santa Catarina (SC) teve um superávit de R\$ 24.932.909,03, com uma reforma administrativa ocorrida em 2018, as contas tornaram-se positivas neste ano, o que gera, mais uma vez, a necessidade do presente estudo sobre o impacto direto e indireto deste regime adotado pelo município.

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS), também sofre com o atual decréscimo econômico. Quintanilha (2019), ao analisar detalhadamente os métodos utilizados por ambos os grupos para apurar o saldo do fluxo de caixa do RGPS, e levando em conta a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conclui que nenhum dos dois grupos, incluindo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), utiliza um método de apuração que atenda, na íntegra, à legislação vigente. Essa situação gera a falta de aplicação dos recursos arrecadados, gerando um déficit muito grande nas contas públicas, que no ano de 2012 foi de R\$ 318 bilhões [2], de acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU).

Para corroborar com o alegado, Strapazzon (2017)² afirmou em seu trabalho que o relatório do Tribunal de Contas da União de 2017 apresentava um número de déficit previdenciário dos anos de 2015 2016 diferentes do apresentado no Balanço financeiro constante no relatório de gestão da Secretaria de política da previdência social.

O referido autor aponta que 51% das receitas para financiamento da seguridade social vêm da folha de salários, ou seja, do trabalho formal. A principal fonte de receita sofreu, no ano de 2021 crescimento em relação ao ano anterior (auge da pandemia), mas, está pouco menor que o ano de 2012, portanto, um decréscimo em nove anos, segundo dados do CAGED, 2021³.

As fontes da receita destes dois regimes da seguridade são realizadas de uma maneira ampla, tanto pelos segurados trabalhadores, quanto pelas contribuintes empregadores, em todas suas formas jurídicas. De acordo com Carvalho (2019), a variedade de fontes de receita do sistema de seguridade social representa uma conquista legítima da sociedade civil organizada⁴, sendo um direito social, porque se fosse financiada somente pelos segurados, não poderia existir equilíbrio financeiro.

2 Strapazzon, C. L. (2019). A dança dos números da previdência social Revisitando a auditoria do TCU de 2017: Revisitando a auditoria do TCU de 2017. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 20(1), 137–172. <https://doi.org/10.18593/ejll.12749>

3 Novo CAGED - Dezembro de 2021 - <http://pdet.mte.gov.br/novo-caged>

4 CARVALHO, André Cutrim et al Espaço Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología Vol.28 No.3 (julio-septiembre,2019):O déficit do sistema previdenciário brasileiro: análise econômica para o período de 1995-2018.

Agora existem estudos que demonstram que o Estado não tem controle do que deixa de arrecadar, sob a forma de renúncia de receita e não avalia os resultados desta política, adotando, desta forma uma postura negligente na gestão de recursos que, em média, nos últimos cinco anos foram estimados em R\$ 13 bilhões anuais, conforme ALMEIDA (2000)⁵, recentemente as renúncias estão previstas na Lei Orçamentária Anual, com números muito maiores que evidenciam um dos problemas de arrecadação do sistema previdenciário.

Cabe destacar que a principal fonte de financiamento da previdência social, a contribuição sobre a folha de salários responde isoladamente por cerca de 3/4 da arrecadação total, Versano, 2018⁶ e levando em consideração o limite de arrecadação deste tributo, verifica-se, a priori, que a previdência, no atual formato, não é viável financeiramente.

No mesmo sentido, outra problemática que atinge diretamente as contas previdenciárias são as renúncias fiscais, a arrecadação direta que não mais pode ser computada, além dos repasses constitucionais realizados em detrimento de outros entes federativos também norteiam esta problemática.

3 A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMO FONTE DO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA

O artigo 201, da Constituição Federal estabelece que: “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), criado pela Lei nº 8.029/90, é um órgão federal autônomo responsável pela administração dos planos previdenciários e assistenciais previstos na legislação. Sua missão é garantir os direitos sociais e econômicos dos cidadãos, por meio da gestão do Regime Geral da Previdência Social (RGPS). O RGPS é obrigatório para a maioria dos trabalhadores, com exceção dos servidores públicos e militares, que possuem seus próprios regimes previdenciários.

Esses planos são suportados por contribuições sociais pagas por empregadores (públicos ou privados) e empregados, com base na folha de salários e a relação de custeio previdenciário é definida como uma obrigação jurídica pública compulsória em que o Estado é o credor do sujeito passivo (responsável ou contribuinte).

5 ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de UMA ABORDAGEM ESTRUTURADA DA RENÚNCIA DE RECEITA PÚBLICA FEDERAL Revista do Tribunal de Contas da União, n 84, 2000. <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/984>.

6 VARSANO, Ricardo. FINANCIAMENTO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2891/1/TD_959.pdf

Sob essa ótica, pouco tem sido examinado quais tributos ou outras fontes indiretas ajudam nas receitas desses regimes previdenciários, principalmente, se as legislações municipais e estaduais criam benefícios para os segurados do regime próprio correspondente.

As normas que envolvem a seguridade social, em especial a previdenciária, visam proteger os segurados de forma a proporcionar renda digna dos cidadãos. Isso deve acontecer quando indivíduos que sofrem riscos sociais e são afetados por doenças, invalidez, desemprego ou outros motivos não podem sustentar suas famílias.

O princípio constitucional da universalidade da previdência social de cobertura e cuidado confirma a visão acima: de acordo com a Constituição, todos devem ser protegidos pelo seguro social.

Portanto, considerando que a proteção da sociedade deve ser determinada frente aos riscos sociais, é necessário formular um conjunto de regras que regulem as bases de financiamento da seguridade social.

O artigo 201 e Artigo 40 da Constituição Federal dispõem que a organização da previdência social assumirá a forma de regime geral e de regime próprio para servidores públicos, mediante pagamento e vinculação obrigatória, e obedecerá às normas de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

A previdência social também cobrirá casos de doenças, incapacidade, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente proteção à maternidade para mulheres grávidas, proteção para trabalhadores em caso de desemprego involuntário, abonos de família e provisões para famílias de segurados de baixa renda, auxílio reclusão e pensões, masculinas ou femininas, em caso de falecimento do cônjuge ou companheiro e dos dependentes.

Porém, para consumir a cobertura desses eventos, a previdência social deve ter suporte financeiro. Portanto, necessário se fazem as premissas básicas de contribuições, posto que serve para custeio e o financiamento da seguridade social, conforme preceitua o artigo 195 da Carta Magna,

A previdência social possui outras receitas próprias, ou seja, a receita das contribuições sociais é diferente da primeira receita, podendo também ser calculada a partir de outras bases, que são estipuladas na Constituição Federal, como a receita arrecadada com Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, PIS/PASEP Programa de Integração Social/Programa de Assistência Social do Servidor Público e os lucros de certas pessoas jurídicas (CSLL).

Assim sendo, cada tributo desses é atribuído para casos específicos, ou seja, aplicado a um setor específico, com legislação própria e regulamento específico. Isso porque, sob a ótica do direito internacional, há inúmeros tratados e recomendações, como o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece que toda pessoa tem o direito à segurança de renda, incluindo o seguro social.

Portanto, no Brasil, as despesas da previdência social possuem modelo reservado de financiamento e das demais políticas públicas. Tem-se, a receita das contribuições previdenciárias para financiar o fundo previdenciário, seja no regime próprio ou geral, e a receita das contribuições sociais deve atender às necessidades das políticas de saúde e assistência social, e tem, à previdência arrecadada dos salários dos servidores públicos, devendo apoiar o fundo de pensão de vários servidores públicos. Finalmente, os impostos (ou dívidas) devem financiar os desequilíbrios acima mencionados no orçamento da segurança social e no fundo geral da segurança social.

4 REGIME JURÍDICO DE RENÚNCIAS

O déficit nas previdências dos Estados e Municípios se registram nos planos atuariais obrigatórios produzidos pelos órgãos gestores de cada ente federativo. No caso do setor público, os entes federados alocam receita tributária advinda de tributos recolhidos de toda a sociedade para cobrir tais déficits.

Ademais, as contribuições sociais devem atender às necessidades financeiras das políticas de saúde e assistência social. São tributos que financiam o orçamento geral da seguridade social, uma vez que o conceito de seguridade social também envolve o regime de previdência social de servidores públicos. E a folha de pagamento é a principal base de cálculo da política tributária que financia a previdência social.

Esses regimes são sustentados por contribuições sociais de empregadores e trabalhadores. Logo, o sistema de previdência social é financiado pelo sistema tributário, pois a tributação vinculada é a fonte principal de financiamento dos benefícios previdenciários pagos pelo setor privado e, também, pelo Estado brasileiro.

São recorrentes os debates doutrinários acerca das fontes de receita da previdência social brasileira em todo território. No Paraná, por exemplo, a Revista Brasileira de Previdência⁷ publicou uma crítica da influência do Poder Judiciário na arrecadação previdenciária. No mesmo ano, 2018, no Pará a Universidade Federal do Sul do Estado⁸ publicou artigo sobre a crise na arrecadação da previdência.

O Congresso Nacional editou uma série de leis, em diferentes ocasiões, sobre este tema, como o artigo 69 da LRF, de 2000⁹; em 1998 quando ampliou para todas as atividades a aplicação do PIS/COFINS, com a emenda 20 da CF que modificou

7 RIBEIRO, Juliana De Oliveira Xavier, O agigantamento do poder judiciário através do ativismo judicial frente ao direito previdenciário bras#lleiro Rev. Bras. Prev., Curitiba, Paraná. v.9 n.1, p.116-131, janeiro-junho. 2018.116, publicado em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/4496/pdf>, acessado em 13-07-21;

8 SILVA, Daniel Nogueira,z, Grupo de Pesquisa em Economia e Política da Macroeconomia – UNFESSPA, publicado em https://face.unifesspa.edu.br/images/TD_-_2018_-_06.pdf, acesso em 13-07-2021;

9 Art. 69. O ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime próprio de previdência social para seus servidores conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial;

o inciso primeiro do artigo 195¹⁰; a Emenda constitucional 31 de 2000, que discutiu a desvinculação de recursos previdenciários; as Emendas 41 e 42 à Constituição Federal, no ano de 2003; em 2017 e 2019 foram realizadas as últimas mudanças na Constituição sobre esse tema.

A discussão envolve a hipótese de as contribuições sociais serem fontes suficientes para manter o equilíbrio financeiro e os benefícios dos segurados. Assim, a complexidade desse assunto não se encerra nesse quesito, pois é muito claro que os entes federativos têm criado subsídios e impostos que atuam indiretamente como fonte de sustento financeiro dos regimes próprio e geral da previdência, como por exemplo, os Estados Federados contribuem, no regime próprio, com o dobro do valor que as empresas contribuem no regime geral e, também, isso ocorre com os municípios federados.

Portanto, como afirma Strapazzon (2017)¹¹, no Brasil se paga quatro vezes para a previdência social. Em primeiro lugar, quando arrecada contribuições previdenciárias para dotar o RGPS dos recursos necessários. Se não houver outros segurados da previdência, ou seja, se a previdência de todos os servidores também fosse gerida pelo INSS, o pagamento terminaria aqui.

Em segundo lugar, está o pagamento dito indireto. Quando no chamado sistema RPPS, o governo federal, estadual ou municipal aloca tributos para pagar a quota patronal da previdência dos servidores públicos, a regulamentação entra em vigor. A quota do empregador é uma ilusão financeira, porque o Estado cobra impostos de toda a sociedade. Portanto, a tributação geral é que responde pela “quota patronal” para as pensões dos funcionários públicos.

Em terceiro e quarto lugares, se esses dois fundos forem deficitários, ou seja, se a receita e a despesa no RPPS não estiverem equilibradas, será necessário alocar mais recursos. Da mesma forma, se houver um desequilíbrio financeiro no plano de previdência dos brasileiros vinculados ao RGPS, o governo Federal usará dívidas ou impostos para garantir o pagamento dos benefícios. Obviamente, se houver escassez de recursos para cobrir despesas de aposentadorias e pensões do funcionalismo público e do RGPS, a demanda de recursos de impostos - apenas excepcionalmente para o campo previdenciário – diminuirá a disponibilidade para proteger as necessidades de saúde e assistência social.

10 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

11 STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], v. 20, n. 1, p. 137- 172, 2019. ISSN 2179-7943. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12749>>. Acesso em 19 abr. 2021

A natureza jurídica das renúncias fiscais é tributária, já o déficit nas contas públicas tem como natureza fiscal. Com isso, verificam-se dois institutos que se interferem mutuamente e o déficit da previdência pode estar sendo afetado, em grande parte, pelas renúncias fiscais.

Sobre o impacto que as políticas fiscais podem ter na previdência e sua arrecadação, fazendo uma analogia com a Súmula Vinculante nº 30 do STF¹², se um ente federativo não pode prejudicar outro ente, no momento de criar qualquer tipo de renúncia fiscal, por que a mesma regra não pode ser aplicada quando a relação for entre receitas tributárias e pagamento de benefícios da previdência social?

A renúncia fiscal é um ponto central na discussão sobre o déficit da previdência social. As renúncias tributárias são denominadas legalmente de gastos tributários, que são desonerações equivalentes a gastos indiretos de natureza tributária e, segundo SALVADOR (2019), estas renúncias retiraram da arrecadação tributária mais de trinta e cinco bilhões de reais em 2016.

Corroborar com o mesmo entendimento Quintanilha (2019) que traz a renúncia previdenciária como a segunda maior causa das perdas de receitas tributárias da União.

Quanto as renúncias, Paula 2018¹³, afirma que “as diversas áreas que compõem a seguridade social, mais perceptivelmente a previdência social, sempre se ressentiram dos custos financeiros decorrentes da renúncia fiscal” que eram prove-nientes das associações sem lucro.

Esta situação de não arrecadação, além do impacto financeiro óbvio demonstrado na ausência do numerário na contabilidade pública, também, pode atingir indiretamente um ente federativo ou um órgão que recebe verba, obrigatoriamente, como é o caso da previdência. Rösler, (2019)¹⁴, afirmou que a lei estadual não pode prever uma desoneração fiscal que atinja, direta ou indiretamente, a arrecadação de um ou mais municípios, na repartição de receitas tributárias.

Veja que este tema sempre vem evoluindo e trazendo mais elementos que demonstram o quanto podem afetar diretamente a arrecadação ora estudada, Goulart (2018) afirma que, no início da década de 2010, ocorreu um crescimento nominal de 103,88% (cento e três e oitenta e oito por cento) de aumento da renúncia fiscal federal em apenas dois anos, crescendo de 2,52% para 3,34% do PIB¹⁵.

12 A Súmula Vinculante nº 30 do STF tem a seguinte redação: “É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios”.

13 PAULA, Sebastião Faustino de. A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO: REFLEXO NO FINANCIAMENTO DO REGIME GERAL BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, Universidade do Porto, 2019, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/132213/2/442458.pdf>, acesso em 08-08-2021;

14 RÖSLER, Thiago Braga. Pacto ou impacto federativo? A influência da renúncia fiscal do estado do Mato Grosso na autonomia financeira dos municípios. 2019. 114 f.— Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

15 GOULARTI, Juliano Giassi. A trajetória da política fiscal de desoneração no Brasil: da reforma tributária de

O problema não atinge somente o regime geral de previdência, conforma acima demonstrado, mas também na renúncia realizada por estados e municípios, como destaca Goulart (2021)¹⁶, afirmando que a renúncia do estado de São Paulo, somente na frota de veículos, cresceu de pouco menos de trezentos milhões para quase três bilhões e meio de reais, em duas décadas.

Na atualidade, passamos para uma situação que atinge mais diretamente a previdência, que é a migração das renúncias tributárias em direção às contribuições sociais, a partir de 2013, que culminou em uma crítica de SALVADOR, 2018¹⁷ sobre o que ele denominava de desmonte do financiamento social.

5 CONCLUSÃO

O regime jurídico de renúncia direta e indireta das receitas praticadas pela União, pelo estado de Mato Grosso, estado de Santa Catarina e os municípios de Cuiabá (MT) e Chapecó (SC), interferem diretamente no déficit da conta da previdência social de servidores e do regime geral desses entes

Verificou-se que a principal fonte de arrecadação do regime jurídico da previdência social, contribuição para esse fim, que importa em mais da metade da arrecadação da previdência social, seria capaz de manter o equilíbrio financeiro e os benefícios dos segurados.

Precisamos lembrar que a previdência social cobre também doenças, incapacidades, morte, idade avançada e proteção à maternidade, para consumir a cobertura desses eventos deve existir suporte financeiro, e devido a importância do tema, por seu caráter de social, as despesas da previdência social possuem um modelo reservado de financiamento, o que nos traz ao centro de discussão sobre o regime jurídico de renúncia de receita.

Enquanto os déficits na previdência dos entes analisados, registrado no plano atuarial obrigatório de cada um, trouxe que eles alocam receita tributária advinda de tributos recolhidos para toda a sociedade para cobrir os valores negativos necessários para financiar a seguridade social, do outro lado, agentes públicos criam incentivos fiscais para investimentos, chamado de renúncia fiscal.

1966 à crise econômica de 2018. 2019. 1 recurso online (199 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP.

16 GOULARTI, Juliano Giassi A política de renúncia de receita do estado de São Paulo jun. de 2021 Editora Insular, disponível em https://play.google.com/store/books/details?id=u4A6EAAAQBAJ&rdid=book--4u6AEAAAQBAJ&rdot1=&source-gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport,a acesso em 07-08-2021

17 SALVADOR, Evilasio da Silva O DESMONTA DO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL EM CONTEXTO DE AJUSTE FISCAL, <https://doi.org/10.1590/0101-6628.117>, disponível em <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/mT566rdLKQ8crx5qQ4z7W9k/?format=html#>

Para ser mais direto, temos um conflito de normas tributárias e fiscais, bem como natureza jurídica diferentes, os dois institutos, que se interferem mutuamente, pois, as renúncias tributárias são denominadas legalmente de gastos tributários, são desoneração equivalente à sua arrecadação. Nos últimos anos, conforme citado no corpo do texto, as renúncias tributárias atingiram mais diretamente a previdência social, alguns autores até denominaram este fato como um “desmonte do financiamento social”.

Com isso, fica claro que este é mais um caminho para entender o déficit da previdência social, definindo qual a política pública que que cerca as renúncias de receita impacto direto ou indireto na previdência social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. São Paulo: Dom Quixote.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de UMA ABORDAGEM ESTRUTURADA DA RENÚNCIA DE RECEITA PÚBLICA FEDERAL Revista do Tribunal de Contas da União, n 84, 2000. <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/984>

AFONSO, Luís Eduardo; FERNANDES, Reynaldo. Uma estimativa dos aspectos distributivos da previdência social no Brasil. São Paulo: SP, FEA-USP, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva). 2 ed. (4ª tiragem). São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito constitucional. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 20 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CARVALHO, André Cutrim et al Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología Vol.28 No.3 (julio-septiembre,2019) :O déficit do sistema previdenciário brasileiro: análise econômica para o período de 1995-2018

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU, 2018. Disponível em < <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf> >. Acesso em 30 abr. 2021.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA (1776). Disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em 19 abr. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS DO HOMEM, de 1948. Disponível em https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em 20 abr. 2021.

FRAZÃO, Dilva. Biografia de Otto von Bismarck. E-Biografia. Disponível em https://www.ebiografia.com/otto_von_bismarck/. Acesso em 19 abr. 2021.

GOULART, GIASI, Juliano A política de renúncia de receita do estado de São Paulo jun. de 2021 Editora Insular, disponível em https://play.google.com/store/books/details?id=u4A6EAAAQBAJ&rdid=booku4A6EAAAQBA&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport, a acesso em 07-08-2021

I, Juliano Giassi. A trajetória da política fiscal de desoneração no Brasil: da reforma tributária de 1966 à crise econômica de 2018. 2019. 1 recurso online (199 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Editora Fabris, 1991.

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

MORAES. Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A-2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. História da OIT. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>. Acesso em 19 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAULA, Sebastião Faustino de. A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO: REFLEXO NO FINANCIAMENTO DO REGIME GERAL BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, Universidade do Porto, 2019, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/132213/2/442458.pdf>, acesso em 08-08-2021;

Previdência Social no Brasil: afinal, existe déficit ou superávit? caderno de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista/BA, vol. 16, nº 27, ano 16, p. 1-20, jan/jun 2019.

REAVALIAÇÃO ATUARIAL Estado do Mato Grosso Mato Grosso Previdência - MTPREV Data-base: 31/12/2019 Data de Elaboração: 21/12/2020 Nº da Nota Técnica Atuarial – Fundo em Capitalização: A DEFINIR Thiago Silveira – MIBA nº 2.756, dis-

ponível em http://www.mtprev.mt.gov.br/calculo-atuarial/-/document_library_display, acesso em 15-07-2021.

QUINTANILHA, Dayane Ferreira et al. Análise do saldo do Regime Geral da RIBEIRO, Juliana De Oliveira Xavier, O AGIGANTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO Rev. Bras. Prev., Curitiba, Paraná. v.9 n.1, p.116-131, janeiro-junho. 2018.116, publicado em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/4496/pdf>, acessado em 13-07-21;

RIBEIRO. Magno Alves, Mato Grosso Previdência- MT Prev E O Desafio Do Equilíbrio, Revista UNEMAT de Contabilidade v. 8, n. 16, 2019; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

RÖSLER, Thiago Braga. Pacto ou impacto federativo? A influência da renúncia fiscal do estado do Mato Grosso na autonomia financeira dos municípios. 2019. 114 f. – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 21.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SALVADOR, Evilasio da Silva O DESMONTE DO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL EM CONTEXTO DE AJUSTE FISCAL, <https://doi.org/10.1590/0101-6628>. STF https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordao_s&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=100&queryString=contribui%C3%A7%C3%A3o%20previdenci%C3%A1ria&sort=_score&sortBy=desc acesso em 26-10-21;

STJ <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> acesso em 26-10-2021. STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], v. 20, n. 1, p. 137- 172, 2019. ISSN 2179-7943. Disponível em <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12749>. Acesso em 19 abr. 2021.

SILVA, Daniel Nogueira, A CRISE NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA, Grupo de Pesquisa em Economia e Política da Macroeconomia – UNFESSPA, publicado em https://face.unifesspa.edu.br/images/TD_-_2018_-_06.pdf, acesso em 13-07-2021;

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. TJSC - <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do> acesso em 26-10-2021; TJMT - <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtComExpressao=contribui%C3%A7%C3%A3o&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&fqAssunto=612&tipoBusca=1-&thesaurus=false&fqTermos=&k=ing5mb> acesso em 26-10-2021.

VARSANO, Ricardo. FINANCIAMENTO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL http://www.itcp.com.br/_materiais/705_149_20120320_093726.pdf.

REFORMA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DO ARTIGO 136 DA PEC 45/19 À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

REFORMA TRIBUTARIA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 136 DE LA PEC 45/19 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA TRIBUTARIO BRASILEÑO

Luiza Ribeiro Tonial¹

Maria Eduarda Trevisan Kroeff²

RESUMO

A pesquisa busca analisar a alteração legislativa instituída pelo artigo 136 da PEC 45/2019, que prevê, até o ano 2043, a criação de contribuição estadual sobre produtos primários e semielaborados em substituição às contribuições destinadas aos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS e sua consonância com os princípios que orientam a Reforma Tributária. Implementou-se, para tanto, o método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise das alterações promovidas pelo referido artigo, para, então, avaliar se as transformações propostas constituem violações aos princípios estabelecidos pela Proposta de Emenda Constitucional. Diante disso, verificou-se, pela pesquisa desenvolvida, que o dispositivo legal está em desacordo com a lógica que a proposta da Reforma Tributária pretende criar.

Palavras-chave: contribuição sobre produtos primários e semielaborados; fundos estaduais; princípios; segurança alimentar.

RESUMEN

La investigación busca analizar la modificación legislativa establecida por el artículo 136 de la PEC 45/2019, que prevé, hasta el año 2043, la creación de una contribución estatal sobre productos primarios y semielaborados en sustitución a las contribuciones destinadas a los

1 Advogada. Mestranda em Direito na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Tributário pela FGV- SP. Membro do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário - GTAX. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4777492842008338>. E-mail: luizatonial@gmail.com.

2 Advogada. Mestre em Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria. Bolsista CAPES. Doutoranda em Agronegócios pela UFRGS. Especialista em Direito dos Negócios pela UFRGS e em Direito e Gestão do Agronegócio pela Verbo Jurídico. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos em Sistemas de Produção de Bovinos de Corte e Cadeia Produtiva - NESPro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9323183672195623>. E-mail: trevisankroeff@gmail.com.

fondos estatales como condición para aprovechar los beneficios fiscales del ICMS y su consonancia con los principios que orientan la Reforma Tributaria. Se implementó el método de enfoque deductivo, iniciando con un análisis de las modificaciones promovidas por el mencionado artículo, para luego evaluar si las transformaciones propuestas constituyen violaciones a los principios establecidos por la Propuesta de Enmienda Constitucional. A partir de esto, se comprobó, a través de la investigación realizada, que el dispositivo legal está en desacuerdo con la lógica que la propuesta de la Reforma Tributaria busca establecer.

Palabras-clave: contribución en productos primarios y semielaborados, fondos estatales; principios; seguridad alimentaria.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Tributária está sendo atualmente analisada pela Câmara de Deputados, através de uma proposta de emenda constitucional (PEC 45/2019) que visa substituir cinco tributos atualmente existentes e incidentes sobre o consumo por dois novos tributos, sob a justificativa de simplificar e aumentar a transparência do Sistema Tributário Nacional, além do aumento da igualdade entre os entes da Federação.

A PEC propõe a extinção de três tributos federais, quais sejam, o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Esses dois primeiros tributos serão substituídos pela Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e este último pelo Imposto Seletivo (IS), sendo todos arrecadados pela União. Para além destes, a PEC propõe a extinção do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), arrecadado pelos estados, e do Imposto sobre Serviços (ISS), arrecadado pelos municípios, sendo ambos substituídos pelo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Sendo implementado, portanto, o imposto *dual*, ou seja, existência tão somente de dois impostos (IS e IBS), uma das diretrizes da Reforma.

Além disso, a proposta tem como fulcro a criação de dois fundos (um para pagar pelas isenções de ICMS, e outro para reduzir as desigualdades regionais), a implementação da seletividade na tributação, sobretaxa sobre produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente.

Diante disso, a presente pesquisa versa sobre a análise da alteração legislativa instituída pelo artigo 19 da PEC 45/2019, atual artigo 136, aprovado pela Câmara dos Deputados, que prevê, até o ano 2043, a instituição da contribuição sobre produtos primários e semielaborados para investimento em obras de infraestrutura e habitação em substituição aos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS pelos Estados e Distrito Federal, e a sua consonância com os princípios que orientam a Reforma Tributária.

Nessa perspectiva, questiona-se (1) se o artigo supracitado encontra-se em consonância com os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e do equilíbrio, norteadores da Reforma Tributária e, considerando os efeitos do referido artigo legal no que tange a produção de alimentos, ocupa-se, igualmente, da (2) observação, pelo dispositivo legal, do princípio da segurança alimentar.

A pesquisa se justifica diante da atualidade do tema, uma vez que ao menos três dos dez estados com maior produção agropecuária do país poderão criar um imposto com vigência de 20 anos sobre o agronegócio, além da possibilidade dos estados utilizarem da referida previsão para criar novas contribuições em substituição a fundos de natureza diversa, desvirtuando a norma.

O objetivo geral da pesquisa, portanto, é analisar a alteração legislativa proposta pela PEC 45/2019 e seus efeitos sob o olhar dos princípios normativos que norteiam a referida proposta de emenda constitucional e, conseqüentemente, do Sistema Tributário Nacional. Para tanto, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: (i) analisar a problemática dos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS considerando a constitucionalidade da medida e a Lei Kandir; (ii) estudar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, consagrados pela PEC 45/2019, bem como, o princípio da segurança alimentar e, (iii) compreender se o artigo 136 da PEC 45 de 2019 observa, ou não, os princípios postos.

No que tange o método de abordagem implementado, optou-se pelo método dedutivo, partindo de uma análise das alterações promovidas pelo dispositivo, para, então, avaliar se as transformações propostas constituem violações aos princípios estabelecidos pela PEC. Além disso, a pesquisa, cujo método de procedimento é o estruturalista e o método de interpretação é o sistemático, possui natureza teórica lastreada em uma bibliografia farta, pertinente e atualizada, descrevendo os fenômenos, fatos e opiniões que circundam o tema.

Ante todo o exposto, em um cenário marcado pelo pós-positivismo, essencial compreender a força normativa dos princípios. Temática que, apesar de não ser o ponto central desta pesquisa, é início, meio e fim de todo e qualquer ato, seja ele executivo, legislativo e até mesmo da sociedade civil. Enfim, o trabalho busca instigar o desenvolvimento de uma visão crítica acerca do artigo 136 da PEC 45/19.

2 FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são ideias objetivas vagas e pertencentes ao plano do dever-ser, que são dotadas de validade, vigência e cogência. “Assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios gozam de vida

própria dimensão substantiva pelo mero fato de serem princípios, figurem ou não nos Códigos” (CLEMENTE, 1917, p. 290).

Para Crisafulli (1952, p. 15):

Princípio é, com efeito, toda norma [sic] jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que as pressupõe desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

O termo – princípios – provém de “ideias primeiras”, sendo as premissas sobre as quais se estabelece um sistema geométrico. “Um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a força de derrotar o Direito posto [...]”. (STRECK, 2017, p. 149)

Em verdade, como anota Lenio, um princípio pode aparecer com, ao menos, três significados: princípio geral do Direito, princípio jurídico-epistemológico e princípio pragmático-problemático ou constitucional. Os últimos, abarcados pela Constituição, passam a incorporar uma carga pragmática, aparentemente ausente nos demais, uma vez que os princípios gerais de Direito são axiomático-dedutivos daí que,

[...] dependendo da função que se reivindica, o termo princípio será invocado para se referir a âmbitos muito distintos de denotação. Veja-se, por exemplo, que uma teoria do Direito pode usar o termo princípio reivindicando para ele um significado puramente epistemológico. [...] Também é com função epistemológica – de índole positiva, é preciso frisar – que se constroem os chamados princípios do Direito Processual, princípios do Direito administrativo, princípios do Direito Penal etc. (STRECK, 2017, p. 239).

No que diz respeito aos princípios gerais de Direito, para Streck, estes possuem, como escopo, solucionar problemas gerados pela incompletude do sistema. Já os princípios constitucionais são aqueles que legitimam – ou não – as criações jurídicas.

Visto isso, tem-se que os princípios possuem força normativa. São parte e ponto de partida do sistema jurídico. Um princípio “deixa de ser, assim, tão somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das regras jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo”. (FLÓREZ-VALDÉS, 2017, p. 266).

A percepção de princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor,

o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto[...] O princípio só se “realiza” a partir de uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. (STRECK, 2017, p. 244).

Ronald Dworkin (1978), em sua Teoria dos Princípios, afirma que as regras são aplicáveis seguindo a norma do ou tudo ou nada, isto é, naqueles casos em que ocorrem fatos nelas previstos, são aplicadas, sendo seus efeitos válidos. Nas hipóteses em que não ocorre a previsão legal, as regras não são aplicadas, não produzindo efeitos. No que diz respeito aos princípios aplicados a um determinado caso, se, de acordo com o critério do valor, não prevalecerem, nada impede que, mais adiante, o princípio não aplicado passe a ter efeito sobre o caso.

Portanto, para Dworkin, o conflito de regras pode ser resolvido por uma regra externa a ele. Pode prevalecer a que foi decretada pela autoridade mais alta, a mais antiga, a mais específica ou a que regular de acordo com os princípios mais importantes. No conflito de regras, se a utilizada gerar um efeito contrário ao ditado, esta regra será abandonada. No caso dos princípios, entretanto, aquele que gerar um resultado “negativo” permanecerá intacto, apenas deixando de regular o caso concreto (DWORKIN, 1978) e, por conseguinte, a atividade do magistrado deixa de ser a dedução de conceitos e passa a “ser colocada [*sic*] na necessidade de justificação judicial diante da providência e comprobabilidade dos critérios supraleais de valoração que surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica”. (STRECK, 2017, p. 241).

A aferição da juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na jusnaturalista, os princípios são trabalhados como ideias universais, abstratas e imutáveis, impregnados pelo sentimento de “ideal de justiça”.

A corrente jusnaturalista concebeu os princípios gerais de Direito, segundo ensina Flórez-Valdés (2017), em forma de ‘axiomas jurídicos’ estabelecidos pela reta razão [...]. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana’. (BONAVIDES, 2017, p. 266 apud FLÓREZ-VALDÉS, 2017, p. 30)

No positivismo, os princípios são dotados da função de preencher possíveis vazios normativos, estando, portanto, sujeitos à lei, uma vez que são derivados desta. O artigo 4º da LINDB (BRASIL, 1942) trabalha sob essa perspectiva ao dispor que em hipótese de omissão da legislação, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Desta forma, por meio da análise hermenêutica, pode-se perceber que os princípios seriam aplicados de forma subsidiária, ou seja, somente nos casos de lacuna no ordenamento (CATALAN, 2005).

Visto isso, Paniagua (1976, p. 125) conclui:

[...] a diferença que mais se destaca entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista é o fato de que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural, enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.

Em verdade, “os princípios são a alma e o fundamento de[as] outras normas” (BONAVIDES, 2017, p. 63). Visto isso, conclui-se que os princípios são preceitos normativos primários – já que os secundários são as provenientes destes – e podem ser utilizados como baliza de interpretação de lei obscura ou de lacuna normativa.

Com o pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como direito e a, de fato, ocupar a posição designada pelo termo “princípio”. “Os princípios são convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2017, p. 269).

Este fenômeno se deu devido ao aumento da diversidade de relações criadas pelo desenvolvimento social, uma vez que, em situações hipotéticas não abrangidas pelo Direito existente – sistema jurídico fechado –, caso houvesse uma criação legal para solucionar um caso específico, caracterizaria legislação *ex post facto*³, portanto, inócua na situação em questão. Visto isso, fez-se necessária a flexibilização do Direito (*lex*), reconhecendo a possibilidade de que os princípios igualmente estipulassem soluções aos conflitos, bem como obrigações que vinculassem as partes.

Insurgem, portanto, princípios como o da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e do *equilíbrio*, norteadores do Sistema Tributário Nacional, e o da *segurança alimentar*, baliza para todo e qualquer ato, seja ele decisório ou legislativo.

O *princípio da simplicidade* surgiu com a Constituição de 1988, que marcava o fim do formalismo tributário enraizado na doutrina brasileira de 1960. Entretanto, considerando a complexidade do Sistema Tributário brasileiro que, desde a promulgação da Constituição de 1988, teve, em média, 37 normas tributárias editadas por dia, tornou-se imprescindível a redução do referido formalismo e da complexidade do sistema, tanto para visar a compreensão do contribuinte e promover a segurança jurídica, quanto para mitigar os casos de cancelamento de autuações tributárias pelos entes da administração.

Neste sentido, apesar de o princípio da simplicidade já ter vigência e cogência e, portanto, como exposto, ter força normativa, a Proposta de Emenda Constitucional

3 Tradução livre “a partir do fato passado”.

(PEC) 45, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, traz a seguinte redação: “Art. 145. [...] § 3º. O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente. (NR)”, o que denota a importância desta baliza normativa.

O *princípio da transparência*, igualmente abarcado pela PEC 45, por sua vez, traduz o disposto no artigo 150 § 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, ou seja, em analogia a este dispositivo legal, tem-se que este determina que deve ser promovida a ciência ao contribuinte acerca da carga tributária que lhe é imposta.

Para falar-se em *justiça tributária*, por sua vez, é essencial abordar os conceitos de justiça e de igualdade já que segundo a máxima posta por Aristóteles (2001), justiça é igualdade. Para o filósofo grego, a justiça objetiva o bem comum e, considerando que a justiça é ferramenta que visa o desenvolvimento das pessoas.

Kolm (2000, p. 37) afirma que “a justiça é simples, mas o mundo é complicado; por isso, a aplicação da justiça no mundo encerra algumas dificuldades”, sobretudo no que tange o complexo Sistema Tributário Nacional Brasileiro.

O *princípio do equilíbrio* traduz a promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios por meio da arrecadação e da distribuição de valores provenientes da tributação.

Por fim, o princípio da *Segurança Alimentar*, por muitos tratado como Segurança Alimentar e Nutricional, é a promoção do acesso regular e permanente, por todos, a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente de forma a garantir a dignidade e saúde do cidadão, respeitando a diversidade cultural que atinge os hábitos alimentares. Noutras palavras, é o acesso regular e permanente aos alimentos da cesta básica e está dentre os direitos fundamentais da humanidade, definidos pelo pacto mundial do qual o Brasil é signatário (CONSEA, 2004).

Fundamental, portanto, verificar se a Reforma Tributária proposta atende, ou não, aos princípios expostos, os quais, diga-se, possuem força normativa vinculante.

3 REFORMA TRIBUTÁRIA

O Brasil deu um passo importante rumo à modernização do sistema tributário nacional com a aprovação a Reforma Tributária (PEC nº 45/2019) pela Câmara dos Deputados no mês de junho de 2023, a qual estabelece a necessidade de observância dos princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente (AGÊNCIA SENADO, 2023).

Como base nas referidas diretrizes, será adotado uma nova modalidade de tributação, a qual busca simplificar os processos tributários, diminuir a burocracia e

eliminar a incidência de impostos sobre outros impostos, o que atualmente eleva o custo de produtos e serviços.

Assim, propõe-se com a presente reforma a consolidação dos impostos federais (IPI, PIS e Cofins) na Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e, paralelamente, em relação ao imposto estadual ICMS e o imposto municipal ISS, a unificação da cobrança através do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), com a tributação apenas no local de destino dos bens e serviços.

Além das propostas supramencionadas, será introduzido o Imposto Seletivo (IS), também referido como “imposto do pegado”, em substituição ao atual IPI, com aplicação obrigatória sobre diversos produtos e serviços prejudiciais à saúde e que impactam negativamente a sustentabilidade ambiental e emissões de carbono como forma de desencorajar o seu consumo. Importante pontuar que o IS não incidirá sobre exportações, nem sobre operações relacionadas à energia elétrica e telecomunicações.

Note-se que referidas alterações promovidas pela reforma, buscam não apenas a modernização do Sistema Tributário Nacional, com, por exemplo, a exclusão do regime não cumulativo e a criação do mecanismo de *cashback* para determinados produtos, como a efetivação dos princípios norteadores da reforma, através da exoneração da cesta básica nacional de alimentos considerando a diversidade regional e cultural da alimentação, a refeição saudável e nutricionalmente adequada, dentre outros.

Ocorre que, especificamente em relação às medidas de unificação do ICMS e do ISS em um único imposto e a extinção dos pagamentos a eles vinculados, verifica-se uma consequente redução das receitas do Estado, o qual, percebendo e preterindo referidas mudanças, principalmente no que diz respeito aos Fundos Estaduais, pressionou a inclusão da previsão da criação das contribuições estaduais na PEC em análise, como forma de garantir manutenção de uma receita extra.

Referidas contribuições constavam inicialmente no artigo 20 da PEC 45 e, posteriormente, na proposta formalmente enviada ao Senado, no artigo 19, estando assim redigido:

Art. 19. Os Estados e o Distrito Federal poderão instituir contribuição sobre produtos primários e semielaborados, produzidos nos respectivos territórios, para investimento em obras de infraestrutura e habilitação, em substituição a contribuição a fundos estaduais, estabelecida como condição à aplicação de diferimento, de regime especial ou de outro tratamento diferenciado, relacionados com o imposto de que trata o art. 155, II da Constituição Federal, prevista na respectiva legislação estadual em 30 de abril de 2023.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se até 31 de dezembro de 2043. (BRASIL, 2019)

Conforme se depreende do artigo supracitado, os Estados e o Distrito Federal poderão instituir, até 2043, a contribuição sobre produtos primários e semielaborados para investimento em obras de infraestrutura e habitação em substituição aos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS.

Acontece que, ao analisar o texto da PEC 45, aprovado pela Câmara dos Deputados, o Senado Federal propôs alterações ao artigo, o qual, mantendo a possibilidade de tributação sobre produtos primários e semielaborados, passou a estabelecer condições ao seu estabelecimento, conforme se depreende do artigo 136 abaixo que passou então a disciplinar a matéria:

Art. 136. Os Estados que possuíam, em 30 de abril de 2023, fundos destinados a investimentos em obras de infraestrutura e habitação e financiados por contribuições sobre produtos primários e semielaborados estabelecidas como condição à aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado, relativos ao imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal, poderão instituir contribuições semelhantes, não vinculadas ao referido imposto, observado que:

- a alíquota ou o percentual de contribuição não poderão ser superiores e a base de incidência não poderá ser mais ampla que os das respectivas contribuições vigentes em 30 de abril de 2023;
- a instituição de contribuição nos termos deste artigo implica a extinção da contribuição correspondente, vinculada ao imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal, vigente em 30 de abril de 2023;
- a destinação de sua receita deverá ser a mesma das contribuições vigentes em 30 de abril de 2023;
- a contribuição instituída nos termos do caput será extinta em 31 de dezembro de 2043.

Parágrafo único. As receitas das contribuições mantidas nos termos deste artigo não serão consideradas como receita do respectivo Estado para fins do disposto nos arts. 130, II, “b” e 131, § 2º, II, “b”, ambos deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 2023)

Do artigo supramencionado, depreende-se que o Estados e o Distrito Federal poderão transformar os fundos estaduais existentes até abril de 2023 destinados “a investimentos em obras de infraestrutura e habitação e financiados por contribuições sobre produtos primários e semielaborados”, que estabeleçam como “condição à aplicação de diferimento, regime especial ou outro tratamento diferenciado, relativos ao imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal”, ou seja, o ICMS, “poderão instituir contribuições semelhantes, não vinculadas ao referido imposto” (BRASIL, 2023, art. 136).

Além da referida regra, estabelece-se em seus incisos: (i) a impossibilidade de instituição de alíquotas superiores e com base de incidência mais ampla que as então

cobradas pelos fundos; (ii) a necessidade de extinção da contribuição correspondente e a mesma destinação de receita dos fundos até então vigentes; bem como, (iii) a previsão de extinção da contribuição em 31 de dezembro de 2043.

Apesar dos corretos ajustes promovidos pelo Senado Federal, que submeteu o texto por meio do Ofício nº 1140/2023 à apreciação da Câmara dos Deputados, observa-se, ainda, a existência de alguns pontos controversos e que precisam da devida apreciação.

A este respeito, verifica-se a primeira problemática que diz respeito à aferição de constitucionalidade das contribuições estaduais vinculadas aos fundos.

Isto porque, através da instituição da referida contribuição estadual por meio de Emenda Constitucional, afirma-se a constitucionalidade, ainda que de forma implícita, das contribuições supostamente voluntárias criadas por diversos estados através dos fundos estaduais, as quais, diga-se, são amplamente discutidas no judiciário.

A título exemplificativo, verifica-se a contribuição instituída pelo governo do estado de Goiás, por meio da Lei nº 21.670/2022 (GOIÁS, 2022), destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura (“Fundefra”) a qual estabelece a incidência da referida contribuição sobre produtos relacionados ao setor agrícola como condição para fruição de incentivo ou benefício fiscal, regimes especiais de exportação e algumas hipóteses de substituição tributária (CALCINI, 2023).

Referida contribuição encontra-se atualmente em discussão perante o Supremo Tribunal Federal através das ADIs nº 7363 e 7366, oportunidade em que se discute, entre outras coisas, a impossibilidade de concessão de benefício fiscal e cobrança de contribuição para que se haja o gozo efetivo desse incentivo pelo contribuinte, sob pena de redução indireta do benefício, o que é vedado pela Súmula 544⁴³ do STF (SCAFF, 2023).

Além da questão de constitucionalidade implícita das contribuições, verifica-se, também, a problemática envolvendo a autorização de tributação de produtos primários e semielaborados.

Isto porque o texto da proposta possibilita aos estados que possuem fundos estaduais de investimento – tais como como a Fethab, de Mato Grosso do Sul, e o Fundefra, de Goiás – a instituição de contribuição sobre produtos primários e semielaborados, os quais encontram-se relacionados aos setores de energia, mineração e agrícola (CARREGOSA, 2023).

Ocorre que, como visto, referida exação aumenta os preços de produtos essenciais a subsistência do cidadão, como, por exemplo, arroz, farinha, massa, óleo, entre outros, indo em contrassenso as próprias diretrizes e princípios estabelecidos pela reforma como orientadores do Sistema Tributário Nacional.

4 Súmula 544-STF: Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

A este exemplo, verifica-se o próprio princípio da *Segurança Alimentar*, que estabelece a necessidade de garantir o acesso regular e permanente aos alimentos da cesta básica, estando previsto, não apenas como um direito fundamental da humanidade, mas, também, expressamente, no artigo 8º do Projeto através da instituição da Cesta Básica Nacional de Alimentos, o qual estabelece alíquota zero de CBS e IBS para os produtos destinados à alimentação humana que lhe integrem.

Neste sentido, considerando que a cesta básica é composta, por grande parte, de produtos primários e semielaborados, mostra-se não somente um contrassenso garantir alíquota zero a CBS e ao IBS e permitir a tributação das contribuições estaduais, como uma violação ao próprio princípio ao aumentar os preços de produtos essenciais e limitar o seu acesso.

Por fim, verifica-se, também, a problemática envolvendo a Lei Kandir (BRASIL, 1996), especialmente no que diz respeito à concessão de isenção de ICMS sobre produtos primários e semielaborados enviados para o exterior e de consumo interno.

O artigo 19 da PEC (BRASIL, 2019), atual artigo 136, ao permitir que os Estados e o Distrito Federal tributem o consumo interno de semielaborados e produtos primários, acaba por violar o artigo 3º da Lei Kandir (BRASIL, 1996), que estabelece que estes produtos, entre outros, têm sua tributação vedada. É o que verifica abaixo:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras; e X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (BRASIL, 1996)

Conforme se depreende do referido artigo, a Lei Kandir atualmente estabelece a impossibilidade de tributação sobre operações com produtos primários e semielaborados (SCAFF, 2023).

Ocorre que, ao estabelecer, expressamente, por meio de Emenda Complementar, o direito à tributação sobre referidos produtos, implica-se, conseqüentemente, no reconhecimento do direito de tributar referidos produtos, aumentando seu valor e dando fim ao referido dispositivo.

Desta forma, especificamente em relação às contribuições estaduais, verifica-se que estas carecem, ainda, de uma devida análise, estando o texto legislativo com diversos pontos em aberto.

Espera-se que este estudo auxilie a incitar a discussão envolvendo as problemáticas que circundam a criação da contribuição estadual, nos termos em que proposta (vide art. 136 da PEC 45/19), de forma a garantir a sua correta aplicação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios são elementos instituidores dos quais se externalizam regras que legitimam ou não as criações jurídicas, constituindo ponto de partida do sistema jurídico (STRECK, 2017). São, portanto, “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos” (REALE, 1986, p. 60).

Com o advento do pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como direito, assentando “todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2017, p. 269), ocupando a posição de pilar norteador das normas e, conseqüentemente, das regras a eles vinculadas, bem como, das interpretações legislativas e dos atos jurídicos.

Especificamente em relação a Reforma Tributária, Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2019, verifica-se logo em seu 1º artigo, a necessidade de observância dos princípios da *simplicidade*, da *transparência*, da *justiça tributária*, além do princípio da *segurança alimentar*, princípio que é baliza para todo e qualquer ato, seja ele decisório ou legislativo.

Em razão disto, no decorrer do trabalho, conceituou-se referidos princípios de forma a entender as regras a eles vinculadas, tais como o princípio da *simplicidade* que se traduz na redução do formalismo e da complexidade do sistema; o princípio da *transparência* que promove ciência ao contribuinte da carga tributária que lhe é imposta; o princípio da *justiça tributária* que institui a tributação como ferramenta de

arrecadação para a promoção do desenvolvimento social; o princípio do *equilíbrio* que estabelece a existência de um equilíbrio orçamentário entre Estados e Municípios por meio da arrecadação e da distribuição dos valores provenientes da tributação; e, a *segurança alimentar* que promove o acesso regular e permanente de alimentos, garantindo a dignidade e saúde do cidadão.

Ato contínuo analisou-se especificamente o artigo 19, atual artigo 136 da PEC 45/2019 que instituiu as contribuições estaduais, de forma a entender não apenas o seu objeto – a criação de contribuição estadual sobre produtos primários e semielaborados em substituição à contribuição destinada aos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS – mas também a problemática associada ao reconhecimento implícito da constitucionalidade das contribuições supostamente voluntárias criadas por diversos estados através dos fundos estaduais, as quais, são amplamente discutidas no judiciário. Além disso, a análise abordou a tributação de produtos primários e semielaborados, essenciais para a subsistência do cidadão; e, a previsão expressa contida na Lei Kandir que isenta a tributação de ICMS sobre referidos produtos.

Especificamente em relação à segunda problemática posta, considerando os princípios elencados no início deste estudo, conforme já brevemente mencionado no tópico anterior, identifica-se claro desrespeito ao princípio da segurança alimentar a partir do momento em que se tributa produtos primários e semielaborados, os quais são os produtos que compõem, em grande parte, a Cesta Básica.

Outrossim, observa-se maculação ao princípio da simplicidade, uma vez que, por meio do artigo 8º do Projeto de Emenda Constitucional se estabelece a redução das alíquotas da CBS e do IBS a zero sobre os produtos que compõem a Cesta Básica Nacional (composta - em grande parte - por produtos primários e semielaborados), e permite-se, por meio do artigo 136, a tributação da contribuição estadual sobre referidos tributos, situação que enseja a tributação de produto que ora é isento de Imposto, ora é tributado, aumentando a complexidade do Sistema Tributário Nacional.

Identifica-se, ainda, ofensa ao princípio do equilíbrio em razão do fato de que as contribuições estaduais são exclusivas dos Estados, inexistindo uma equiparação ou balanceamento das receitas dos valores provenientes da referida tributação em relação aos Municípios.

Por fim, em relação a terceira problemática, qual seja, a previsão contida na Lei Kandir, evidente, também, a violação ao princípio da simplicidade, uma vez que em contramão a posição atual do legislador, que, ao tratar da matéria, entende não incidir ICMS sobre referidos produtos.

Desse modo, foi demonstrado no presente artigo (i) a abrangência dos princípios e os conceitos dos princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária e do equilíbrio, além do princípio da segurança alimentar, os quais são norteadores

da Reforma Tributária; (ii) a problemática dos fundos estaduais como condição ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS considerando a constitucionalidade da medida e a Lei Kandir; e, (iii) as violações aos princípios da simplicidade, segurança alimentar e equilíbrio incorridas pelo artigo 136 da PEC 45/2019 e as violações aos princípios da simplicidade, segurança alimentar e equilíbrio.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Reforma tributária de ponta a ponta. **Senado Notícias**: Plenário. Publicado em 08 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/08/reforma-tributaria-de-ponta-a-ponta>. Acesso em 03 de dez. 2023.

ARISTÓTELES. **A Política**, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 4.^a Ed., São Paulo, UNB, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 132**, de 4 de junho de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n. 87**, de 13 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Alimentar_II/textos_referencia_2_conferencia_seguranca_alimentar.pdf. Acesso em 12 Out. 2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 45 de 2019**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9418079&ts=1697066858621&disposition=inline&_gl=1*nflqs*_ga*MTQyMjE5M-

DE4OS4xNjk3MzcyOTE3*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5 NzM3NjgzNS4yLjAuMTY5Nz-M3NjgzNS4wLjAuMA. Acesso em: 16 de out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Súmula nº 544**. Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas. Brasília, DF: STF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula544/false>. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7363**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do Julgamento: 13 jun. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6596963>. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7366. Requerente: Associação Brasileira dos Produtores de Soja - APROSOJA - BRASIL. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do Julgamento: 24 mai. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601013>. Acesso em: 6 jun. 2024.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Inconstitucionalidade da ‘contribuição’ do Fundeinfra em Goiás. **Conjur**: Direito do Agronegócio. Publicado em 14 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-14/direito-agronegocio-fundeinfra-inconstitucionalidade-contribuicao>. Acesso em 03 dez. 2023.

CARREGOSA, Lais. Reforma tributária: texto autoriza três dos estados mais ‘agro’ do país a criar imposto sobre produção. **O Globo**: Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/07/16/reforma-tributaria-texto-autoriza-tres-dos-estados-mais-agro-do-pais-a-criar-imposto-sobre-producao.ghtml>. Acesso em 12 out. 2023.

CATALAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/02 e Artigo 4o da Lei de Introdução ao Código Civil. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociedade da Unipar**, Umuarama, v. 8, n. 1, p. 59-68, jan./jun., 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Londres: Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, Danielly. O que é o Imposto Seletivo, tributo previsto na reforma tributária. **Jota**: Reforma Tributária. Publicado dia 07 de ago. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/o-que-e-o-imposto-seletivo-tributo-previsto-na-reforma-tributaria-07082023>. Acesso dia 16 de out. 2023.

FLÓREZ-VALDÉS, Diego; ARCÉS, Joaquim. Los Principios Generales del Derecho y su Formación Constitucional, [S.L.], [S.A.]. p.30. apud BONAVIDES, Paulo. Dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017.

GOIÁS. Governo do Estado. Procuradoria Geral do Estado. **Lei n. 21.670, de 14 de junho de 2022**. Goiás: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, 2022. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/106378/pdf>. Acesso em: 3 jun. 2024.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Lei Kandir. **Senado Notícias**, Brasília. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-kandir>. Acesso em: 16 de out. 2023.

MENGARDO, Bárbara. 'Jabuti' na PEC 45 permite continuidade de fundos ligados ao ICMS. **Jota**: Coluna da Bárbara Mengardo. Publicado dia 19 de jul. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-mengardo/jabuti-na-pec-45-permite-continuidade-de-fundos-ligados-ao-icms-19072023>. Acesso dia 16 de out. 2023.

PANIAGUA, José Maria Rodriguez. **Ley y Derecho**: Interpretación y Integración de la Ley. Madrid: Ed. Tecnos, 1976.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SCAFF, Fernando Facury. A velha novidade da contribuição dos estados na PEC 45-A. **Conjur**: Justiça Tributária. Publicado dia 21 de ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/justica-tributaria-velha-novidade-contribuicao-estados-pec-45>. Acesso dia 16 de Out. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. CUNHA, Gabriel Hercos da. Os fundos estaduais como uma nova praga sobre o agronegócio. **Conjur**: Justiça Tributária. Publicado dia 28 de nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/fundos-estaduais-praga-agronegocio>. Acesso dia 16 de Out. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

VIEGAS, Viviane Nery. Justiça Fiscal e Igualdade Tributária: A busca de um enfoque filosófico para a tensão entre poder de tributar e direito de tributar frente à modernidade tardia no Brasil. Curitiba: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, 2010.

PARTE 5
DIREITOS SOCIAIS E CULTURAIS,
DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

A REFORMA TRABALHISTA E A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS TRABALHISTAS

REFORMA LABORAL Y LEGISLACIÓN SIMBÓLICA: UN ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DE CAMBIOS LEGISLATIVOS LABORALES

*Gerlis Prata Surlo¹
Daury Cesar Fabriz²*

RESUMO

O valor social do trabalho é fundamento do Estado Democrático de Direito e a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de garantir a existência digna a todos. As mudanças no mercado de trabalho são resultado do modelo produtivo e das políticas neoliberais com descentralização econômica e comunicação em rede. Em meio a mudanças estruturais no modelo de produção, o mercado de trabalho sofre impactos intensos com a redução da intervenção estatal na normatização e consequente prevalência das negociações por autorregulação, a possibilidade de negociações afastando o legislado heteronomamente. O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade dos direitos sociais da classe trabalhadora a partir das alterações legislativas propostas pela Reforma Trabalhista em tempos de normalidade institucional em virtude da relativização dos direitos e garantias fundamentais, sob a perspectiva de mudança simbólica. A partir do método dialético pretende-se conceituar a legislação simbólica no contexto do direito trabalhista pós-Reforma de 2017, com os consequentes impactos diretos na força normativa da Constituição e na efetividade dos direitos sociais em meio a flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: legislação simbólica; reforma trabalhista; força normativa.

1 Advogado. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. E-mail: gerlis.prata@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0022-013X>. Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos, professor doutor nível I da Faculdade de Direito (FDV) de Vitória e professor associado III da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Email: daury@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3781-5890>.

RESUMEN

El valor social del trabajo es el fundamento del Estado Democrático de Derecho y el orden económico se basa en la valorización del trabajo humano con el objetivo de garantizar una existencia digna para todos. Los cambios en el mercado laboral son resultado del modelo productivo y de las políticas neoliberales con descentralización económica y comunicación en red. En medio de cambios estructurales en el modelo productivo, el mercado laboral sufre intensos impactos con la reducción de la intervención estatal en la normalización y la consecuente prevalencia de negociaciones para la autorregulación, la posibilidad de que las negociaciones eliminen lo heterónomo legislado. El objetivo de este trabajo es analizar la efectividad de los derechos sociales de la clase trabajadora a partir de los cambios legislativos propuestos por la Reforma Laboral en tiempos de normalidad institucional debido a la relativización de derechos y garantías fundamentales, desde la perspectiva del cambio simbólico. Utilizando el método dialéctico, pretendemos conceptualizar la legislación simbólica en el contexto del derecho laboral posterior a la Reforma de 2017 con los consecuentes impactos directos sobre la fuerza normativa de la Constitución y la efectividad de los derechos sociales en medio de la flexibilización de los derechos de los trabajadores.

Palabras clave: legislación simbólica; reforma laboral; fuerza normativa.

1 INTRODUÇÃO

O valor social do trabalho é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1, IV da CF). A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de garantir a existência digna a todos (art. 170, CF).

As mudanças no mercado de trabalho são resultado do modelo produtivo e das políticas neoliberais com descentralização econômica e comunicação em rede. Em meio a mudanças estruturais no modelo de produção, o mercado de trabalho sofre impactos intensos com a redução da intervenção estatal na normatização e consequente prevalência das negociações por autorregulação (desregulamentação) e com a possibilidade de celebração de acordos afastando o legislado heteronomamente, inclusive, sem necessidade de contraprestações (flexibilização).

Com a promulgação da Lei 13.467/17, denominada Reforma Trabalhista, ocorreram profundas mudanças legislativas na realidade vivenciada pelos trabalhadores. Mesmo que a legislação ordinária não tenha, expressamente, suprimido direitos constitucionais, vários instrumentos de efetividade e proteção social foram relativizados, principalmente quanto a participação dos sindicatos nas negociações.

Estabelecer o debate sobre a efetividade dos direitos sociais trabalhistas e sua aplicabilidade, principalmente no contexto de globalização com as mudanças no mundo do trabalho pós-industrialização com a alteração estrutural da economia brasileira, tornou-se fundamental em países de modernidade periférica.

A efetividade dos direitos sociais não se restringe a reconhecer os direitos no ordenamento jurídico. O legislador infraconstitucional inviabiliza garantia constitucional expressa quando faz opção preferencial pelos acordos individuais em detrimento das negociações coletivas que proporcionam mecanismos de proteção de direitos e garantias dos trabalhadores.

A proteção dos direitos e garantias fundamentais são origem e finalidade de todas as instituições, inclusive, os instrumentos que os tornem efetivos. A redução de medidas protetivas de direitos e garantias fundamentais representa o enfraquecimento da força normativa da Constituição e da soberania dos sujeitos de direito.

A partir do método dialético pretende-se conceituar a legislação simbólica no contexto do direito trabalhista pós-Reforma de 2017, com os consequentes impactos diretos na força normativa da Constituição e na efetividade dos direitos sociais em meio a flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

A pretensão reformista de atualizar a legislação, garantir a segurança jurídica e reduzir a informalidade frente aos desafios econômicos do país revelou-se fracassada quanto a efetividade, tendo contribuído fortemente para fragilizar direitos e garantias historicamente conquistada pelos trabalhadores.

Com a Reforma Trabalhista verificam-se alterações legislativas infraconstitucionais implicadoras de redução da efetividade de dispositivos constitucionais trabalhistas. A concretização da força normativa da Constituição depende da atuação dos intérpretes constitucionais autênticos em detrimento da inaplicabilidade simbólica.

O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade dos direitos sociais da classe trabalhadora a partir das alterações legislativas propostas pela Reforma Trabalhista em tempos de normalidade institucional, em virtude da relativização de medidas protetivas dos direitos e garantias fundamentais, sob a perspectiva de mudança simbólica.

Pretende-se conceituar a legislação simbólica no contexto do direito trabalhista, analisar a força normativa da Constituição em meio a flexibilização dos direitos dos trabalhadores e a efetividade dos direitos sociais trabalhistas a partir da superação da legislação simbólica.

2 A REFORMA TRABALHISTA E OS DIREITOS SOCIAIS

A aprovação da Reforma Trabalhista no Congresso Nacional brasileiro em 2017 ocorreu no contexto das transformações no mundo do trabalho global caracterizado pela diversificação das atividades produtivas, descentralização, desindustrialização e adoção de recursos tecnológicos nos meios de produção da estrutura pós-industrial, incentivadas pelo modelo econômico das políticas neoliberais desde os governos Reagan e Thatcher com a queda do muro de Berlim.

O modelo produtivo industrial típico caracterizava-se pela grande concentração de trabalhadores no local de trabalho e o predomínio das atividades materiais. Já o modelo produtivo emergente é predominantemente imaterial, intangível, informacional, descentralizado e baseado em plataformas por aplicativos da sociedade em redes.

Na sociedade pós-industrial exige-se inserção no sistema informacional de redes conectadas em tempo real. A produção é diversificada em etapas diante do novo modelo produtivo descentralizado, segundo Castells (2005, p. 280):

Desse modo, quando as sociedades decretam o fim do emprego industrial, de forma maciça e em um curto período de tempo, em vez de promover a transformação gradual das indústrias, não é necessariamente porque são mais avançadas, mas porque seguem políticas e estratégias específicas baseadas em seu pano de fundo cultural, social e político. E as opções adotadas para conduzir a transformação da economia nacional e da força de trabalho têm profundas consequências para a evolução da estrutura ocupacional, que fornece os fundamentos ao novo sistema de classes da sociedade informacional.

Na estrutura econômica brasileira até a década de 1980 predominava o mercado de trabalho assalariado e a cidadania regulada pela anotação na carteira de trabalho, sobretudo após fim da escravidão legalizada.

Com o fim do regime civil militar o setor terciário torna-se a base econômica predominante em consequência do processo de desindustrialização crescente. Além disso, as disposições de abertura da economia estabelecidas pelo Consenso de Washington na América Latina favoreceram medidas de desregulamentação progressiva e a flexibilização da legislação trabalhista.

São características da Reforma Trabalhista de 2017: a) desregulamentação: redução da intervenção estatal na normatização e consequente prevalência das negociações por autorregulação; b) flexibilização: possibilidade de negociações afastando o legislado heteronomamente, inclusive, sem necessidade de contraprestações, nos termos do art. 611-A, § 2º da CLT; c) mudança no modelo estrutural sindical nas negociações coletivas de trabalho.

No relatório da proposta legislativa de Reforma Trabalhista no Congresso Nacional, nos termos do Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, a iniciativa se apresentava na forma de modernização trabalhista com manutenção dos direitos dos trabalhadores de empregabilidade formal, bem como objetivava proporcionar a geração de novos empregos para enfrentamento à informalidade. Ou seja, duplo viés: “(...) de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora” (BRASIL, 2016, p. 20).

No entanto, as modificações legais enfraqueceram os mecanismos de proteção dos trabalhadores, não proporcionou a criação expressiva de empregos formais e nem impulsionou a atividade econômica. Desde a vigência da legislação reformada o número de trabalhadores informais continuou em elevação (DIEESE, 2023, p. 03), a renda não sofreu alteração substancial e os índices de desemprego mantidos estáveis (ALVARENGA; SILVEIRA, 2020).

Embora não tenha provocado impactos financeiros positivos diretos na vida da classe trabalhadora e nem criados expressivos postos de emprego, com a reforma legislativa trabalhista ocorreram profundas mudanças na realidade vivenciada pelos trabalhadores.

Considerando a moldura da pirâmide normativa brasileira, a legislação ordinária reformista não suprimiu direitos sociais constitucionais, mas interferiu diretamente em instrumentos de efetividade da classe trabalhadora, principalmente na forma de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Dentre as modificações estabelecidas pela Lei 13.467/2017 destaca-se a prevalência do negociado sobre o legislado no art. 611-A da CLT, com a justificativa de incentivar a negociação coletiva por parte dos sindicatos nas seguintes matérias, por exemplo: jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; participação nos lucros ou resultados da empresa.

A incorporação de rol exemplificativo de matérias passíveis de negociação no texto reformado do ordenamento trabalhista, quando analisada isoladamente, pode ser interpretada como modelo prestigiador das negociações coletivas pelos sindicatos.

Todavia, o mesmo diploma normativo (Reforma Trabalhista) aboliu a compulsoriedade da contribuição sindical sem garantir alternativa de custeio para as entidades exercerem a representação da categoria de base. Portanto, o modelo sindical brasileiro manteve a representação sindical obrigatória de agregação da categoria, a unidade sindical, a eficácia *erga omnes* dos instrumentos coletivos e o dever de os sindicatos prestarem assistência judiciária gratuita no âmbito da Justiça do Trabalho, mas retirou o financiamento para os entes coletivos exercerem tais prerrogativas e obrigações. Na prática, a Lei 13.467/2017 aumentou as obrigações sindicais e eliminou a principal fonte de sobrevivência imediata.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794, reconheceu a constitucionalidade do dispositivo que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical. Com isso, cada entidade sindical deparou-se com a necessidade de criar novas fontes de custeio para suprir as necessidades básicas.

O incentivo concedido pelo legislador reformista aos sindicatos nas negociações coletivas com a hipertrofia de matérias passíveis de transações foi acompanhado da retirada do custeio para manutenção das entidades sindicais, inviabilizando, muitas vezes, o exercício do dever de representativo na celebração de instrumentos coletivos.

3 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Com o objetivo de analisar a efetividade dos direitos sociais da classe trabalhadora a partir das alterações legislativas propostas pela Reforma Trabalhista exige a caracterização da legislação simbólica.

Segundo Neves (2011, p. 30-31), a legislação simbólica pode ser definida:

[...] como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. Não me parece que tenha sentido sustentar que símbolos são os atos legiferantes, não as leis. É verdade que de determinada atividade legislativa com função primariamente simbólica pode resultar lei que, posteriormente, venha a ter uma intensa “força normativa”; como também, ao contrário, leis resultantes de atos de legislação instrumental podem com o passar do tempo adquirir caráter predominantemente simbólico. Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico.

O conceito, portanto, apresenta a hipertrofia da função simbólica da atividade legislativa e a escassez da concretização dos textos normativos. Acrescenta, Neves (2011, p. 31) que “o problema da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam do que de vontade ou intenção do legislador”.

Para Neves (2011, p. 31), a “referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”. Cria-se um modelo normativo dependente de condições sociais a serem implementadas concretamente, ou seja, a concretização exige modificações estruturais na realidade social estabelecida.

A atribuição do significado “simbólico” é específica e, segundo Neves (2018, p. 83), “refere-se a uma hipertrofia, a saber, ao emprego simbólico da legiferação em contradição com a função específica do sistema jurídico de orientar expectativas normativas e controlar comportamentos”.

Por isso, a existência de conjuntos normativos simbólicos favorece a perpetuação das estruturas preestabelecidas privilegiadas. Tais pressupostos normativos não são definidos a partir das intenções do legislador, mesmo que haja indícios de legislação simbólica, de acordo com Neves (2011, p. 31) “quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tornar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los”.

A partir das premissas balizadoras da Lei 13.467/17, os objetivos propostos não foram cumpridos. No entanto, o simbolismo não se encontra, a princípio, na vontade do legislador. Existem variantes que condicionam a concretização jurídico-normativa, inclusive, as estruturas vigentes, os interesses sociais e a adoção de medidas eficazes capazes de gerar a aplicabilidade imediata das proposições aprovadas pelo legislador.

Além de não cumprir com as promessas de geração de empregos, redução da informalidade e garantir as conquistas dos direitos trabalhistas, as mudanças no texto legal impactaram as relações de trabalho e a efetividade de direitos sociais.

Mesmo com as alterações legislativas concentradas no âmbito infraconstitucional, as disposições da Lei 13.467/17 provocaram o enfraquecimento da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais trabalhistas. Os impactos são desde a revogação de direitos expressos (intervalo de jornada para trabalhadoras antes da prestação de serviços extraordinários, supressão de horas *in itinere*, inexistência de incorporação de gratificação percebida por mais de 10 anos), a adoção de formas de trabalho precarizantes (trabalho intermitente) e a prevalência de negociações individuais (jornada, banco de horas, compensação).

A equiparação da despedida coletiva à individual, a extinção da homologação da rescisão contratual obrigatória e o fim da ultratividade da vigência da norma coletiva constituem flagrante redução do prestígio dos sindicatos na negociação face ao privilégio dos acordos individuais.

Na prática, a flexibilização da participação dos sindicatos nos processos de negociações coletivas representa violação a regra constitucional expressa e submete o trabalhador a uma circunstância de igualdade com o empregador, quando se trata de situação concreta de desigualdade ínsita da própria base relacional contratual.

É obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho na qualidade de princípio constitucional expresso da liberdade sindical (art. 8, VI da CF). A presença do ente coletivo sindical no processo negocial é direito social fundamental viabilizador de garantia de procedimento capaz de conferir a ele condição de validade, conforme Mendes (2018, p. 693-694):

Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e ao procedimento para designar todos aqueles direitos

fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa). Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais. (...) assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento. É o que ocorre, v.g., quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando estabelece que as negociações coletivas só poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (art. 8, VI).

Trata-se de norma de procedimento cujo objeto é a igualdade de oportunidades para celebração de determinados atos negociais. Ou seja, diante de uma relação desigual estabelece-se um procedimento democrático de participação de ente coletivo representativo no processo de construção de uma norma coletiva capaz de igualar a desigualdade ínsita relacional existente entre empregador e empregado.

A atitude legislativa que estabelece o aumento de obrigações aos sindicatos com definição de matérias passíveis de negociação constitui, a princípio, incentivo expresso às entidades. No entanto, incrementar as obrigações existentes e, ao mesmo tempo, retirar a fonte principal de custeio sem alternativa imediata, representa, na prática, a hipertrofia legislativa predominantemente simbólica, pois a concretização de direitos sociais para a exigir mudanças estruturantes.

4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

A Constituição Federal Republicana de 1988 estabelece que o valor social do trabalho é fundamento do Estado Democrático de Direito, já a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de garantir a existência digna a todos. A observância das disposições que regulam as relações de trabalho é requisito para cumprimento da função social da propriedade e a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Aos sindicatos, o constituinte originário de 1988 delegou tarefas fundamentais para os trabalhadores, mediante reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (Art. 7º, XXVI); garantia da irredutibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (Art. 7º, VI); a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (Art. 8º, III) e a participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (Art. 8º, VI).

Tais dispositivos encontram-se no rol de direitos fundamentais sociais expressos constitucionalmente. A teoria extensiva dos direitos fundamentais sociais os qualifica na condição de intangibilidade, segundo Martins (2020, p. 385):

A majoritária doutrina brasileira claramente filia-se à teoria extensiva, ampliativa, posicionando-se no sentido de que todos os direitos fundamentais (incluindo-se, claro, os direitos sociais) são também cláusulas pétreas. Por exemplo, prevalece o entendimento de que os direitos sociais aplicados ao trabalhador (como os previstos no art. 7 da Constituição Federal) não podem ser suprimidos, por serem cláusulas pétreas.

A participação dos sindicatos nos processos negociais representa condição de validade das normas coletivas originárias, por isso, reforça a tese de cláusula pétrea, pois, de acordo com Martins (2020, p. 391) “direitos criados posteriormente pelo poder constituinte derivado reformador não podem ser tidos como cláusulas pétreas”.

Ao inovar nas disposições contidas na Reforma Trabalhista, o legislador infraconstitucional previu o acordo individual para várias hipóteses, dentre elas: duração diária do trabalho (art. 59, CLT), banco de horas por escrito com compensação no período máximo de seis meses (art. 59, §5 CLT), compensação de jornada (art. 59, §6 CLT), estabelecimento de horário de trabalho de doze por trinta e seis horas ininterruptas (Art. 59-A, CLT), definição de horários para exercício do direito a amamentação (Art. 396, §2, CLT).

Também inaugurou a prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A, CLT), principalmente em matérias relacionadas a jornada e intervalo de trabalho, teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, registro da jornada. Majoritariamente, são temas pertinentes a jornada de trabalho que guarda relação essencial com as inovações tecnológicas. A flexibilização do tempo guarda estrita conformidade com as modernas formas de comunicação de rede informacional cujo modelo produtivo é lastreado pelos resultados.

O que se verifica no Brasil com a Reforma Trabalhista são alterações legislativas infraconstitucionais que implicaram em redução da efetividade de dispositivos constitucionais trabalhistas ao dificultar na prática a participação efetiva das entidades sindicais nos processos negociais.

As promessas não cumpridas pela legislação reformista consagram um programa finalístico eficaz, mas sem efetividade quanto a geração de empregos e redução da informalidade como pretensão de concretude, conforme Neves (2011, p. 47-48):

(...) a eficácia dia respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “se-então” abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto efetividade se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade-legislativa, isto é, à concretização do vínculo “meio-fim” que decorre abstratamente do texto legal. Especificamente quanto aos fins das normas jurídicas, distinguem-se, então, efetividade, inefetividade e antiefetividade de sua atuação. Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será efetiva quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo “se-então” previsto abstratamente em uma lei antiinflacionária pode estar sendo regularmente concretizado nas relações sociais, sem que haja nenhuma modificação significativa no aumento dos preços; tem-se, portanto, eficácia sem efetividade. Há também a possibilidade de a legislação antiinflacionária ser intensamente eficaz, mas provocar uma relevante alta de preços, implicando, portanto, antiefetividade.

Mesmo sem revogar dispositivos constitucionais, a legislação ordinária produz impactos severos no âmbito de redução das negociações coletivas e, por consequência, nos direitos dos trabalhadores ao validar a prevalência de acordos individuais em detrimento da participação dos sindicatos na construção de consensos trabalhistas.

A delegação de competência de negociação trabalhista aos indivíduos representa a retirada dos sindicatos em diversos processos negociais. Se a Constituição Federal Republicana de 1988 reconhece as negociações coletivas e a participação sindical para conferir condição de validade, a supressão desse procedimento influencia decisivamente na relação protetiva da classe trabalhadora.

Trata-se de uma dicotomia, pois a Reforma Trabalhista estabelecer rol exemplificativo de matérias típicas de negociações coletivas pelos sindicatos e, no mesmo instrumento reformador, retira a principal fonte de custeio sindical. Logo, o objetivo principal não é a participação efetiva dos sindicatos na negociação coletiva, pois a vontade de Constituição não é realizada por si só, conforme Hesse (1991, p. 25):

(...) Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se

as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.

No paradigma de Estado Democrático de Direito um dos pressupostos fundamentais é a limitação do poder com base nos direitos e garantias fundamentais, tanto no plano material, quanto no procedimental.

É necessária a observância dos procedimentos com o devido processo legal substantivo para conferir a condição de validade da própria força viva do ordenamento constitucional. A retirada da principal fonte de custeio sindical e a prevalência de matérias passíveis de acordos individuais representa a hipertrofia legislativa sem correspondente instrumental concretizador dos direitos sociais trabalhistas.

5 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUPERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

No Estado Democrático de Direito, a existência de maiorias temporárias não é capaz de justificar ou legitimar a restrição de direitos e garantias fundamentais. O processo democrático exige a observância do sistema normativo e não se satisfaz com procedimentos meramente formais, conforme Casara (2019, p. 63):

O Estado Democrático de Direito, portanto, não se contenta com a democracia meramente formal, identificada com o princípio da maioria como elemento legitimador do exercício do poder. Não basta a vontade da maioria. Mesmo a maioria da população não pode afastar direitos fundamentais. Não é suficiente que ocorram eleições regulares. Para que exista verdadeiro Estado de Direito em sua versão democrática é indispensável que o Estado possua efetivas garantias à concretização dos direitos liberais (proibições direcionadas ao Estado) e sociais (mandamentos de atuação do Estado). Dito de outra forma: só há Estado Democrático de Direito se existir democracia substancial/constitucional, isto é, se, além do sufrágio universal e da participação popular na tomada de decisões, também se fizer presente o respeito aos direitos e às garantias fundamentais, dentre eles, em destaque, a liberdade. Não só a liberdade de empresa ou a liberdade de ser proprietário, mas a liberdade que permita à pessoa exercer todas as suas potencialidades legítimas.

Os limites ao exercício do poder são tidos como negatividade quando tais restrições representam um freio para o desenvolvimento da economia. Os procedimentos

são atropelados para que se garanta a vontade do mercado, mesmo que represente limitação de direitos e garantias fundamentais e ameaça às bases do Estado Democrático de Direito, segundo Casara (2019, p. 65): “Com o desaparecimento dos limites ao exercício do poder, diante da relativização dos direitos fundamentais em nome da racionalidade neoliberal, não se está mais no marco do Estado Democrático de Direito”.

No ordenamento jurídico trabalhista, um dos limites adequados nas negociações coletivas é justamente a participação dos sindicatos a fim de garantir condições de igualdades na relação existente entre empregado e empregador que, por si só, nasce de forma desigual.

O duplo viés da Reforma Trabalhista caracterizado, primeiramente, pela prevalência do negociado sobre o legislado estabeleceu matérias passíveis de negociação coletiva pelos sindicatos a pretexto de privilegiar as entidades sindicais, entretanto, retirou a fonte de custeio das entidades. O segundo viés é a prevalência de negociações individuais em detrimento dos entes coletivos.

Em ambas as situações o procedimento (participação do sindicato) foi ressignificado: descrição de matérias passíveis de negociação em detrimento do corte de custeio e o privilégio de objetos negociáveis individualmente em detrimento da atuação sindical. Ou seja, inviabiliza, na prática, direito fundamental expresso: participação do sindicato nas negociações coletivas de trabalho, caracterização típica de normas constitucionais programa, conforme Neves (2011, p. 115-116):

(...) é através das chamadas “normas programáticas de fins sociais” que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante. Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao welfare state proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um álibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem “letra morta” em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.

Ao inserir dispositivos com dificuldades de concretização o legislador atua de maneira hipertroficamente simbólica, sem vinculatividade ou obrigação imposta. Os postulados a serem alcançados são, na prática, formas de alcance, mas cabe ao poder político a opção de colocar em prática. E, por isso, de acordo com Neves (2018, p. 147) “torna-se natural questionar por que textos constitucionais democráticos são

postos, se a situação social impede amplamente sua concretização vinculatória e falta disposição dos detentores do poder para se empenhar na superação desse obstáculo”.

A concretização da força normativa da Constituição depende da atuação dos agentes/intérpretes constitucionais autênticos. Já a falta da aplicabilidade é justamente a redução da força normativa ao simbolismo, de acordo com Neves (2011, p. 186):

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada” e “atrasada”, “descarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute “ideologicamente”, quando se afirma que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro: “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização”.

No caso da reforma trabalhista, as mudanças na legislação interferem na efetividade de vários dispositivos constantes no próprio texto constitucional. Mesmo que não tenha ocorrido mudança no texto constitucional, a Lei 13.467/17 impactou direitos fundamentais ao privilegiar claramente as negociações individuais e reduzir o âmbito de atuação sindical ao abolir a principal fonte de custeio laboral. Criou programas futuros e abriu caminho para a individualização das relações.

A efetividade dos direitos sociais e a superação da legislação simbólica não se restringe a reconhecer os direitos no ordenamento jurídico. A positivação dos direitos apenas insere no texto normativo. Não basta a inserção de direitos no sistema normativo. A proteção dos direitos e garantias fundamentais exige que a estrutura estatal, segundo Moreira (2007, p. 22) atue: “Criando mecanismos institucionais que tornem os direitos fundamentais origem e finalidade não apenas do Estado, mas de todas as instituições, inclusive as não-estatais”.

Para a garantia da força normativa da Constituição há pressupostos capazes de impulsionar a força ativa, a exemplo da construção do conteúdo constitucional de acordo com a realidade vivenciada e a capacidade de adaptação na realidade cambiante com a preservação dos princípios fundamentais em condições de concretude, segundo Hesse (1991, p. 21):

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória,

ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido.

A capacidade de adaptação constitucional com a realidade estabelecida é uma condição de eficácia, por isso, as modificações na legislação infraconstitucional extraídas da Reforma Trabalhista, apesar de tentadoras, no sentido de pretender afastar a aplicabilidade imediata da norma constitucional, afiguram-se como legislação tipicamente simbólica ao hipertrofiar as matérias passíveis de negociação coletiva, sem qualquer garantia instrumental concretizadora.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho buscou-se analisar as alterações propostas pela Reforma Trabalhista sob a perspectiva da efetividade dos direitos fundamentais sociais, sua aplicabilidade no contexto da legislação simbólica face as mudanças no mundo do trabalho pós-industrialização.

Embora as mudanças legislativas ocorridas no âmbito infraconstitucional com a Lei 13.467/17, houve inequívoco enfraquecimento da efetividade dos direitos fundamentais sociais constitucionais. Os impactos são, desde a revogação de direitos trabalhistas expressos, a adoção de formas de trabalho precarizantes e a prevalência de negociações individuais.

Se por um lado a Reforma Trabalhista pretendia atualizar a legislação e garantir segurança jurídica frente aos novos desafios econômicos do país, o que se constata, por outro, é um fracasso quanto a efetividade, tendo contribuído fortemente para fragilizar direitos e garantias historicamente conquistada pelos trabalhadores. As promessas reformadoras não foram cumpridas. A informalidade não diminuiu e os direitos conquistados historicamente pelos trabalhadores sofreram com a intensificação da flexibilização e desregulamentação, com grave redução protetiva dos direitos sociais.

O estabelecimento de matérias passíveis de negociação coletiva prevalecente sobre a legislação representa, por si só, fomento positivo à competência e à legitimidade sindical. Todavia, trata-se de medida hipertrófica legislativa, pois carece de capacidade instrumental concretizadora, sobretudo quando o mesmo diploma normativo retira a principal fonte de custeio dos entes coletivos sem financiamento alternativo imediata.

Não basta a inserção de direitos no sistema normativo, pois o texto normativo não produz efeitos por si só. A positivação dos direitos apenas os insere na condição de texto normativo no ordenamento jurídico. A efetividade dos direitos fundamentais

sociais e a superação da legislação simbólica requer o resgate da força normativa da Constituição acompanhada da intrínseca proteção dos direitos e garantias fundamentais tidos como origem e finalidade de todas as instituições estatais, inclusive, os instrumentos que os tornem efetivos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel Silveira. **Desemprego fica em 11,2% em janeiro, e atinge 11,9 milhões, diz IBGE**. Portal G1, São Paulo e Rio de Janeiro, 2020. Economia. Disponível no Portal G1 em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/28/desemprego-fica-em-112percent-em-janeiro-e-atinge-119-milhoes-diz-ibge.ghtml>>. Acesso 31.08.2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016**, encaminhado pelo Poder Executivo, que “altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 31.08.2020.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5 edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8 edição. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DIEESE. **Boletim Especial 1º. de maio. Dia do Trabalhador**. São Paulo, mai. 2023. Disponível em: https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2023/1_de_Maio.pdf. Acesso em 26 nov. 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Editor: Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre: 1991.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3 edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

A CRISE DO CLIMA E SEUS EFEITOS ADVERSOS NAS CIDADES: DESAFIOS PARA A GARANTIA DO ACESSO À ÁGUA PARA CONSUMO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

LA CRISIS CLIMÁTICA Y SUS EFECTOS ADVERSOS EN LAS CIUDADES: DESAFÍOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO AL AGUA DE CONSUMO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹

Andreia Pereira Carvalho²

RESUMO

No Brasil, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2023) revelam que 61% da população, ou seja, cerca de 124 milhões de pessoas, vivem em concentrações urbanas e dessas, mais de 33 milhões não têm acesso a água potável e essa situação pode ser agravada por eventos climáticos extremos. Passados mais de oito anos dos compromissos assumidos no âmbito da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Acordo de Paris, ambos de 2015, o acesso universal e equitativo à água ainda é um problema que persiste. Nesse sentido, o presente artigo propôs-se a investigar que elementos têm dificultado a formulação e implementação de políticas públicas urbanas municipais adequadas ao enfrentamento das mudanças climáticas, na perspectiva da garantia do acesso à água para consumo como Direito Humano Fundamental. A análise da atuação humana em sociedade e a compreensão da essência do objeto foram efetivadas por meio de pesquisa exploratória-descritiva em uma abordagem metodológica materialista histórico-dialética. A análise permitiu concluir que a formulação e a implementação de políticas públicas para o enfrentamento das mudanças climáticas e seus efeitos adversos que possam impactar, negativamente, o acesso à água segura e de

1 Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais - Qualis A1. Coordenadora do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Presidenta da Sociedade Brasileira de Bioética. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq. <https://orcid.org/0000-0003-4303-4211>. E-mail: elda.cab@gmail.com.

2 Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais, com bolsa oferecida pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós-graduada "lato sensu" em Direito Empresarial, Direito Ambiental e Direito Penal e Processual Penal. Advogada. <https://orcid.org/0000-0001-8601-7687>. E-mail: andreiapc.pereira@gmail.com.

qualidade para o consumo não tem observado as estratégias de participação social, ou seja, de multiatores, sendo necessária a integração de políticas públicas, perpassando pelo Plano Diretor Urbano e pela incorporação neste instrumento da questão climática.

Palavras-chave: mudanças climáticas; acesso à água; cidades; multiatores; direito humano fundamental.

RESUMEN

En Brasil, datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) (2023) revelan que el 61% de la población, es decir, alrededor de 124 millones de personas, vive en concentraciones urbanas y de estas, más de 33 millones no tienen acceso al agua potable y esta situación puede verse agravada por fenómenos climáticos extremos. A más de ocho años de los compromisos asumidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Acuerdo de París, ambos de 2015, el acceso universal y equitativo al agua sigue siendo un problema que persiste. En este sentido, este artículo se propuso investigar qué elementos han dificultado la formulación e implementación de políticas públicas urbanas municipales adecuadas para combatir el cambio climático, desde la perspectiva de garantizar el acceso al agua para el consumo como un Derecho Humano Fundamental. El análisis de la acción humana en sociedad y la comprensión de la esencia del objeto se realizó a través de una investigación exploratoria-descriptiva en un enfoque metodológico materialista histórico-dialéctico. El análisis permitió concluir que la formulación e implementación de políticas públicas para combatir el cambio climático y sus efectos adversos que pueden impactar negativamente el acceso al agua segura y de calidad para el consumo no ha observado estrategias de participación social, es decir, multiactor, que requieran la integración de políticas públicas, incluido el plan rector urbano y la incorporación de las cuestiones climáticas a este instrumento.

Palabras clave: cambios climáticos; acceso al agua; ciudades; multiactores; derecho humano fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Na década de 1950, a ausência de políticas públicas de uso e ocupação do solo urbano e a busca por melhores oportunidades, condições de vida e emprego geraram ocupações, pela população de baixa renda, de locais desprovidos de adequada infraestrutura e serviços básicos, a exemplo do saneamento. Esses problemas ainda se reproduzem neste século XXI, em que quase 100 milhões de brasileiros não têm acesso a coleta e tratamento de esgoto, enquanto mais de 33 milhões não têm acesso à água potável, conforme apontam os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SINIS), (TRATA BRASIL, 2021).

É alarmante o fato de que, “De acordo com as Nações Unidas, no mundo, uma em cada três pessoas ainda não tem acesso a água potável e mais da metade da população não tem acesso ao saneamento” (SUSTENTAREA, 2020), fato esse

que poderá ser agravado nos próximos anos. Assim, para fortalecer a capacidade de implementação da Agenda 2030, notadamente o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 6, que prevê metas que visam a garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos, a ONU lançou a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável” (2018-2028), aprovada pela resolução A/RE/71/222 (AGNU, 2017).

Na oportunidade, a diretora-geral da UNESCO, Audrey Azoulay, afirmou que: “A questão dos recursos de água potável é uma das mais importantes do nosso século. Suas implicações são múltiplas: humanitárias, ecológicas e geopolíticas” (MUNDO, 2018).

Dessa forma, a identificação de vulnerabilidades em áreas urbanas, decorrentes das mudanças do clima, é fator importante para contribuir para o planejamento e a gestão de riscos climáticos, mediante a formulação e implementação de políticas públicas urbanas intersetoriais que visam a ações de prevenção, mitigação ou adaptação, isto é, para possibilitar “o processo de ajustamento ao clima atual ou projetado e seus efeitos” (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2014, tradução nossa).

Sabe-se que os impactos resultantes das mudanças do clima, em regra, não se restringem ao limite territorial de um município, de forma que as ações de enfrentamento aos efeitos adversos climáticos devem ocorrer de forma integrada entre o poder público e a sociedade civil, atentando-se para as particularidades da população mais vulnerável à mudança do clima.

Recentes tragédias ocorridas no país, neste ano de 2023, que causaram mortes e destruição, a exemplo de São Sebastião, no litoral norte de São Paulo, e no Rio Grande do Sul, além de altas temperaturas na região Sudeste, cujos desastres foram potencializados por eventos climáticos extremos, evidenciaram que a falta de planejamento urbano, englobando ações de mitigação, prevenção, adaptação e de riscos climáticos, demandam a urgente formulação de políticas públicas que sejam efetivamente capazes de garantir direitos sociais básicos de saúde, moradia, trabalho e alimentação, bem como de preservar o direito à vida e ao bem-estar – e isso pode ocorrer a partir do plano diretor urbano.

Diante da crise climática e de seus efeitos adversos, em que, num cenário global internacional, “[...] na maioria das vezes, as propostas de enfrentamento ocorrem no nível dos governos nacionais, ou seja, de forma isolada dos outros níveis (local, regional e internacional)”, como afirmam Maria Luiza Machado Granziera e Rhiani Salamon Reis Riani (2020, p. 305), torna-se necessário fortalecer e criar instituições para que se tornem eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, de acordo com o que prevê o ODS 16, para que o Direito Humano Fundamental ao meio ambiente sadio, limpo e equilibrado seja assegurado para todos.

De igual forma, deve ser garantida a participação cidadã nos espaços públicos de discussão e deliberação, como forma de fortalecer as comunidades locais e o controle social na gestão da água.

O presente artigo propôs-se a investigar que elementos têm dificultado a formulação e implementação de políticas públicas urbanas municipais adequadas ao enfrentamento das mudanças climáticas, na perspectiva da garantia do acesso à água para consumo como Direito Humano Fundamental.

Foi realizada pesquisa exploratória-descritiva em uma abordagem materialista histórico-dialética, considerando a construção dos espaços urbanos, sob a ótica apresentada por Cláudio Oliveira de Carvalho e Gilson Santiago Macedo Júnior (2019, p. 145), como “[...] eivados de contradições, conflitos e produzidos num viés de aprofundamento da desigualdade socioespacial [...]”. Nessa mesma perspectiva, afirma Jean Lojkine (1981, p. 121) que “[...] as formas de urbanização são antes de mais nada formas de divisão social (e territorial) do trabalho”, evidenciando, na sua concepção, o que denominou de “cidade capitalista”.

A análise permitiu concluir que a formulação e a implementação de políticas públicas para o enfrentamento das mudanças climáticas e seus efeitos adversos que possam impactar, negativamente, o acesso à água segura e de qualidade para o consumo não têm observado as estratégias de participação social, ou seja, de multiplicadores, sendo necessária a integração de políticas públicas, perpassando pelo plano diretor urbano e pela incorporação, neste instrumento, da questão climática.

Nesse sentido, a pesquisa foi estruturada em três capítulos e no primeiro deles situamos quanto ao atual cenário da crise climática e o regime internacional das mudanças climáticas. No segundo capítulo, é trabalhado o tema central da pesquisa a respeito da água como Direito Humano Fundamental e o consumo nos centros urbanos. No terceiro e último capítulo, a abordagem é sobre desafios e oportunidades no desenvolvimento de políticas públicas de adaptação climática para o enfrentamento da crise hídrica e da crise climática.

2 A CRISE CLIMÁTICA E O REGIME INTERNACIONAL DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

A sociedade contemporânea está marcada, desde a década de 1960, por “graves violações ambientais e de crise climática” que atingem Direitos Humanos Fundamentais das presentes e futuras gerações, como assevera Andreia Pereira Carvalho (2023, p. 13). É a partir dessa década que se iniciam as discussões e alertas sobre a poluição e degradação dos recursos naturais, em busca de uma consciência coletiva, pois vivemos em um único planeta.

As discussões, no plano internacional, sobre questões protetivas ao meio ambiente e de sustentabilidade, tendo em vista que desenvolvimento sustentável não se confunde com o crescimento econômico, ganharam escala global quando da realização, em 1972, da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, conhecida como Declaração de Estocolmo de 1972, cujo Princípio 1 dispõe sobre o direito fundamental concedido ao homem de desfrutar de condições de vida digna, ou seja, adequadas, em um meio ambiente de qualidade.

Assim, os padrões de produção e consumo passaram a ser objeto de análise crítica diante do fato de que os recursos naturais explorados são finitos e, portanto, no contexto da sociedade capitalista, está-se diante de um desenvolvimento insustentável. Corrobora com a assertiva o que dizem Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Isabela de Deus Cordeiro e Shayene Machado Salles (2017, p. 512), no sentido de que “[...] a expressão ‘desenvolvimento sustentável’, ainda que inicialmente cunhada como alternativa aos limites do crescimento econômico, serve antes à manutenção dos ideais de sobrevivência da ordem capitalista globalizada [...]”.

Já há um comprometimento dos recursos naturais para atendimento das necessidades atuais das presentes gerações, fato esse que também contribui para o exponencial aumento das desigualdades sociais. Nesse mesmo sentido, diante das crises climática e ambiental deste momento histórico, vislumbra-se que as gerações vindouras serão impactadas quanto ao uso e gozo de recursos naturais, assim como em seus Direitos Humanos.

O fato é que, como afirmam Ingo W. Sarlet, Gabriel Wedy e Tiago Fensterseifer (2023, p. 25), o “aquecimento global e as mudanças climáticas representam hoje o maior desafio já enfrentado pela humanidade para perpetuar a sua existência no Planeta Terra [...]”.

Nessa esteira, vários são os compromissos assumidos pelos Estados-Membros da ONU em acordos internacionais relevantes sobre o meio ambiente e o sistema climático planetário. Destacam-se: a adoção, em 1992, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima; sequenciado, já no ano de 1997, o Protocolo de Quioto; e, no ano de 2015, o Acordo de Paris celebrado na Convenção das Partes (COP) 21 da ONU para combater as alterações do clima e fomentar ações e investimentos para o equilíbrio climático da Terra e de adaptação aos efeitos adversos, cuja mobilização de recursos financeiros dos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento e a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas possibilitem que estes países também tenham condições favoráveis para o enfrentamento às mudanças climáticas.

Portanto, a cooperação pretendida pelo Acordo de Paris está centrada, também, nos esforços para garantir o acesso equitativo ao desenvolvimento sustentável, erradicar a pobreza e, na forma do art. 2º, item 1, alínea “a” do citado Acordo: “Manter

o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C [...]” (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

No mesmo ano de 2015, os Estados-Membros da ONU adotaram um novo plano de ação, denominado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Para o seu alcance, foram estabelecidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas associadas. Os ODS e suas metas são integrados e indivisíveis (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015).

Afirmam, ainda, Sarlet, Wendy e Fensterseifer (2023, p. 25) que:

O estado de emergência climática, reflete, na verdade, uma profunda crise civilizatória de ordem ética, pois é justamente o comportamento do ser humano – por meio das suas práticas nas mais diversas áreas – o fator responsável pela sua ocorrência e caracterização do Antropoceno, o que, por sua vez, acaba por se voltar contra ele próprio e comprometer os seus direitos fundamentais e, no limite, a sua dignidade e vida.

Assim, tem-se como incontestável que o aquecimento global e as mudanças climáticas representam uma ameaça aos Direitos Humanos Fundamentais e ao planeta. Para tanto, a Agenda 2030 da ONU e seus ODS representam um esforço global para enfrentar os desafios ambientais, sociais e econômicos, notadamente, a pobreza, desigualdades sociais, segurança alimentar, saúde, perda da biodiversidade, degradação dos solos, desertificação, disponibilidade de água doce, riscos de desastres e mudança do clima.

Diante disso, de 1972 a 2015, verificam-se marcos importantes na evolução do Direito Ambiental Internacional, mas, em regra, com foco antropocêntrico. Afirmam Maria Luiza Machado Granziera e Rhiani Salamon Reis Riani (2020, p. 304) que a agenda ambiental global passou “por diversas transformações e a cada ano ficou mais evidente de que a Governança Global era o mecanismo e o processo necessário para a sua efetividade”. Nesse aspecto, tem-se que, no campo do Direito Climático, “[...] a produção normativa está e deve estar em permanente construção e diálogo dinâmico promovido pelos atores públicos e privados” (SARLET; WENDY; FENSTERSEIFER, 2023, p. 71). Portanto, a dita “governança multinível” se destina “a sinalizar a necessidade de abordar as interações homem-ambiente em vários níveis, do local ao global” (GRANZIERA; RIANI, 2020, p. 306).

No ordenamento jurídico brasileiro, está em vigência a Lei n. 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências (BRASIL, 2009), prevendo, em especial, que as ações e medidas para o enfrentamento das alterações climáticas e adaptação à mudança do clima devem estar articuladas e integradas pelas três esferas da Federação, com a participação e a colaboração de

entidades privadas, agentes econômicos e sociais, especialmente os mais vulneráveis aos efeitos adversos do clima.

De acordo com a Organização Mundial Meteorológica (OMM), o “ano de 2023 está a caminho de ser o ano mais quente já registrado, com cerca de 1,4°C acima das temperaturas médias pré-industriais”, que é de 1850 a 1900 (ANOMALIAS, 2023). A situação de aumento das temperaturas, tanto na superfície da terra quanto nos oceanos, tende a se manter agravada até meados do ano de 2024, pela influência do fenômeno climático El Niño, potencializando, eventos extremos como ondas de calor, secas, incêndios florestais, tempestades e chuvas torrenciais, como alerta a OMM, ressaltando a importância de “universalizar os sistemas de alerta precoce contra desastres climáticos” (EL NIÑO, 2023).

Os deslocamentos forçados também resultam das mudanças climáticas, atingindo “pessoas em situação de vulnerabilidade vivendo em países frágeis e afetados por conflito [...]”, conforme expõe a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). Estima-se que eventos climáticos registrados na última década “resultaram em uma média de 21,5 milhões novos deslocamentos a cada ano – mais que o dobro dos deslocamentos causados por conflito e violência” (ACNUR, 2022). Isso denota que é fundamental investir em ações para mitigação, prevenção e adaptação às mudanças do clima e seus efeitos adversos. Portanto, “Esperar que ocorra um desastre não é uma opção”, afirmou o Alto Comissário da ONU para Refugiados, Filippo Grandi (ACNUR, 2021).

No Brasil, o Tribunal de Contas da União criou um painel digital contendo dados sobre recursos transferidos pela União, para estados e municípios, para aplicação na gestão de riscos e desastres, incluindo ações para resposta e recuperação, sendo que, entre 2012 e 2022, foram pagos/transferidos R\$ 5,9 bilhões em prevenção e R\$ 14,54 bilhões em recuperação e resposta a desastres (BRASIL, 2023). É importante registrar que o país possui uma Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNP-DEC), instituída pela Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, e nela está previsto o dever de articulação entre os entes da federação para a adoção de medidas necessárias à redução dos riscos de desastre (BRASIL, 2012), dialogando com o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, para redução, até 2030, de perdas de vida, destruição e deslocamentos causados por desastres naturais e potencializados por eventos climáticos extremos.

O emprego de recursos em ações de prevenção e adaptação a desastres e eventos climáticos extremos é fundamental para reduzir as vulnerabilidades aos efeitos adversos da mudança do clima e, assim, proteger vidas e o meio ambiente, além de garantir o bem-estar, reduzindo impactos e prejuízos econômicos, especialmente nas cidades, que são as áreas com maior concentração populacional.

Dessa forma, o ODS 11 da Agenda 2030 da ONU prevê a ação urgente e global de “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes

e sustentáveis” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015, p. 18), que perpassam por políticas urbanas que garantam cidades sustentáveis, com direito, especialmente, a moradia, transporte, saneamento e infraestrutura, conforme prevê a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (BRASIL, 2001), em consonância com o art. 182 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que visa, também, a garantir o bem-estar dos seus habitantes.

Nesse contexto de crise climática e seus efeitos adversos que afetam a infraestrutura urbana, tem-se que danos podem colocar em perigo a rede de abastecimento de água, de forma a afetar o acesso à água para consumo, que é um Direito Humano Fundamental, sendo, portanto, necessário “tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos”, “e melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima”, como previsto no ODS 13 e em sua Meta 13.3 (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015, p. 32).

De igual forma, a urbanização, o crescimento populacional e econômico também demandam o consumo de água e, nesse sentido, faz-se necessário planejar e desenvolver ações, planos e programas voltados para aumentar a segurança hídrica e fomentar o uso consciente e sustentável da água.

3 ÁGUA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E O CONSUMO NOS CENTROS URBANOS

A ONU instituiu, em 22 de março de 1992, o “Dia Mundial da Água”, publicando importante documento, denominado “Declaração Universal dos Direitos da Água”, que, em suma, ressalta que a água é condição essencial de vida no planeta e que o equilíbrio e o futuro deste dependem da preservação da água e de seus ciclos (TRE-VIZAN, 2015), sendo, dessa maneira, vital para a humanidade.

Seguindo-se na esteira de marcos internacionais sobre a temática, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), no ano de 2010, por meio da Resolução A/RES/64/292, reconheceu, em seu item 1, o direito à água potável segura e limpa e ao saneamento como um direito humano, essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos (AGNU, 2010).

A referida resolução foi aprovada num contexto preocupante, em que, à época, aproximadamente 884 milhões de pessoas não tinham acesso à água potável e mais de 2,6 milhões de pessoas não tinham acesso ao saneamento básico, sendo alarmante o índice de mortalidade infantil em decorrência de doenças relacionadas com água e saneamento.

Atualmente, estima-se que “[...] 26% da população global não tem acesso à água potável e cerca de 46% dos habitantes do planeta não possuem serviços de saneamento seguros – o que equivale a 3,6 bilhões de pessoas (CONSUMO, 2023).

Denota-se, importância do comprometimento de todos, atores estatais e não estatais, ou seja, multilaterais, para fazer avançar a agenda da água e do saneamento para todos. Nesse sentido, a água sempre teve reconhecimento, pela ONU, de sua importância para a vida no planeta, destacando-se marcos internacionais como a já referenciada Conferência de Estocolmo em 1972, assim, como a I Conferência Mundial sobre a Água de 1977, seguida da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Conferência do Rio de 1992, e a Rio+20, realizada no ano de 2012.

De igual forma, no ano de 2005, foi declarada a “Década Internacional de Ação para a Vida (2005-2015)” e, novamente, no ano de 2018, declarada a “Década da Água”, como necessária para o desenvolvimento sustentável e alcance da Agenda 2030, notadamente o ODS 6. Já em 2023, foi realizada a Conferência da ONU sobre a Água. O fato é que tratar da questão do acesso à água segura e de qualidade para o consumo é temática que merece ser reafirmada a cada instante, em especial porque, além de afetar Direitos Humanos Fundamentais, é produto de históricas disputas.

Observa-se, ainda, que o acesso à água, essencial para a vida, saúde, bem-estar, desenvolvimento econômico e alimentação, já era um direito previsto desde 1948 por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, considerando, em especial os textos expressos de seus artigos 3º e 25. Ademais, a citada Declaração Universal orienta a Agenda 2030 da ONU, como se verifica a referência expressa contida no item 5 da Declaração Política da Cúpula dos ODS, de 18 de setembro de 2023 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2023).

O fato é que, ao longo de décadas, foi identificada a necessidade de adoção de medidas efetivas para enfrentamento dos problemas relacionados à água, seja em virtude de secas, escassez, poluição, impacto sobre a saúde, perdas no sistema de abastecimento, desperdício, uso irracional, degradação dos cursos hídricos, poucos investimentos em tecnologias e recuperação de mananciais, assim como insuficiência de políticas públicas capazes de garantir o acesso ao saneamento e água potável. Nesse sentido, impõe-se destacar, como asseveram Elda Coelho de A. Bussinguer e Shayene Machado Salles (2018, p. 111), que “a efetividade do direito social não deve ser subordinada ao mercado [...]”.

As concentrações urbanas, no ano de 2022, já ultrapassavam a quantidade de 124,1 milhões de pessoas, segundo dados do IBGE (2023), correspondendo a 61% do total da população brasileira. Desse quantitativo, estima-se que cerca de 17 milhões vivam em 11.403 favelas no país (CAMPOS, 2023), sendo que tais áreas, historicamente, são desprovidas de infraestrutura adequada e de serviços básicos capa-

zes de garantir moradia acessível, digna e adequada. Nesse cenário, é preciso que as políticas públicas sejam integradas para a gestão da água e ocupação do solo urbano, tendo em vista que o acesso à água segura e de qualidade é um direito de todos.

O ODS 6 da Agenda 2030 da ONU trata do acesso universal e equitativo à água para consumo humano, segura e acessível para todos, tendo, ainda, como outras metas a serem alcançadas, no citado ODS, a melhoria da gestão da água e do saneamento, o fortalecimento da participação social, a restauração de ecossistemas relacionados à água, o aumento da eficiência do uso da água por todos os setores, visando, em especial, o abastecimento de água doce para o enfrentamento da escassez de água (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015).

A falta de acesso ao serviço básico de abastecimento de água no país, problema histórico, alcança aproximadamente, 35 milhões de brasileiros, de acordo com dados do Sistema Nacional de Informações (SNIS), ano-base 2021, publicados pelo Instituto Trata Brasil (2023). Assim, “84,2% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água tratada”. O número piora quando se refere a coleta de esgoto, alcançando cerca de 100 milhões de brasileiras (TRATA BRASIL, 2023).

Mulheres, crianças e adolescentes são amplamente afetados com a falta de acesso à água, tendo em vista que, em “2016, **1 em cada 7** mulheres brasileiras não tinha acesso à água [...]” (TRATA BRASIL, 2023). No ano de 2018, um estudo sobre a pobreza na infância e na adolescência, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), revelou que “14,3% das crianças e dos adolescentes não têm acesso à água” e “6,8% das crianças e adolescentes não contam com sistema de água tratada dentro de suas casas (UNICEF BRASIL, 2018).

Revela-se a necessidade de adoção de ações que priorizem crianças e adolescentes, nos debates e políticas para enfrentamento das mudanças do clima, como alerta o UNICEF, em novo relatório, apontando que “são os que mais sofrem com as mudanças climáticas” e, que, no país, “40 milhões de meninas e meninos brasileiros já estão expostos a mais de um risco climático ou ambiental, e aponta os impactos da crise climática na garantia de direitos das futuras gerações” (NO BRASIL, 2022).

Nessa conjuntura, o estudo “Perdas de Água Potável (2022, ano-base 2020)”, do Instituto Trata Brasil (2022), “aponta que o volume de água perdida nos sistemas de distribuição no Brasil equivale a 7,8 mil piscinas olímpicas de água tratada desperdiçada diariamente [...]”. Isso representa “uma quantidade suficiente para abastecer mais de 66 milhões de brasileiros em um ano, equivalente a um pouco mais de 30% da população brasileira em 2020” (TRATA BRASIL, 2022). Isso demonstra que a prestação do serviço público de abastecimento de água não está ocorrendo de forma adequada.

O marco legal do saneamento, instituído pela Lei n. 11.445/2007, alterada pela Lei n. 14.026/2020, prevê a meta de universalização, ou seja, 99% da população

tendo acesso à água potável, até o ano 2033. Entretanto, a universalização da água potável revela-se desafiadora para “os municípios mais pobres, com os piores índices e onde há moradias em assentamentos, favelas e outros” (SANTOS; MENDES, 2023, p. 180), de forma que se vislumbra como uma possibilidade o não alcance da meta de universalização até o ano de 2033.

O cenário global é alarmante e agravado pela crise climática, poluição e perda da biodiversidade, cujas consequências são, também, sociais e econômicas. É preocupante o fato de que, no ano de 2020, “cerca de 1 em cada 4 pessoas não tinha acesso a água potável em suas casas e quase metade da população mundial não tinha saneamento básico” (SCHUELER, 2021).

Consta, ainda, desse relatório que, se os problemas atuais persistirem, passando, também, por insuficiência de investimentos, “bilhões de crianças e famílias ficarão sem serviços essenciais, e até 2030: Apenas 81% da população mundial terá acesso a água potável em casa, deixando 1,6 bilhão sem” (SCHUELER, 2021).

É sabido que a ausência de saneamento e o consumo de água contaminada contribuem para a exposição da população a riscos de saúde. Estudos indicam que, em algumas regiões do país, pessoas consomem água, superficiais ou subterrâneas, já com alguma contaminação biológica ou química. Cabe referenciar a contaminação da água por agrotóxicos, sendo que: “Em um copo de água potável podem estar presentes 27 tipos diferentes de agrotóxicos. Esta é a realidade de um em cada quatro municípios brasileiros [...]” (GAMEIRO, 2019).

Portanto, não basta assegurar que o fornecimento de água esteja acessível a todos, mas que essa água tenha qualidade e segurança para o consumo, ou seja, livre de contaminantes, de microrganismos e substâncias químicas que causam grave ameaça à saúde. A Organização Mundial de Saúde estima que quase um milhão de pessoas morram, todos os anos, de doenças diarreicas contraídas como resultado de água imprópria, saneamento insuficiente ou má higiene das mãos (OMS, 2023).

Nesse sentido, a pesquisa “Carga de Doenças Atribuídas a Más Condições de Água, Saneamento e Higiene” ressalta que “69% de todas as mortes por diarreia em 2019 foram resultado da falta desses serviços básicos, o que representou mais de um milhão de vidas perdidas”. Portanto, segundo a OMS (2023), o “acesso à água limpa pode salvar 1,4 milhões de vidas”, reforçando-se, a importância do acesso universal e equitativo à água para o consumo humano.

A disponibilidade de água no país e no mundo já é desigual, de forma que essa situação poderá se agravar em algumas regiões, como resultado das alterações climáticas, do crescimento populacional, da ocupação desordenada nas cidades e da falta de investimentos em infraestrutura hídrica, não só para atender às necessidades da população urbana, mas, também, para os que vivem em áreas rurais. O fato é que,

além do crescimento populacional e da urbanização, a industrialização e a agricultura ampliam a demanda pelo uso da água.

O Relatório de síntese AR6, do Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC (2023, p. 6), esclarece, no item A.2.4, que aproximadamente metade da população mundial enfrenta, atualmente, uma grave escassez de água, durante pelo menos parte do ano, devido a uma combinação de fatores climáticos e não climáticos.

O gerenciamento, a recuperação e a preservação dos recursos hídricos têm sido algo demandado pela sociedade junto ao Poder Público, em especial para o desenvolvimento de políticas públicas que concedam incentivos financeiros para que os produtores rurais promovam ações de recuperação de nascentes e matas ciliares, tendo em vista que as cidades, em sua grande maioria, são desprovidas de mananciais capazes de suprir as necessidades de abastecimento.

A Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, (BRASIL, 1997) instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e nela consta que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”, sendo que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada, contando, portanto, “com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades” e, em situação de escassez, o uso prioritário é para o consumo humano e a dessedentação de animais, como se extrai do art. 1º, incisos I, III e VI da citada lei. Verifica-se que o país possui relevante arcabouço normativo de proteção ao bem essencial que é a água, fonte de vida, sendo necessário promover o engajamento, bem como apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais na gestão da água, sendo esta, também, meta do ODS 6.

4 DESAFIOS E OPORTUNIDADES NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ADAPTAÇÃO CLIMÁTICA: O ENFRENTAMENTO DA CRISE HÍDRICA E DA CRISE CLIMÁTICA

Estima-se que, até 2050, a população urbana “aumente em 2,2 bilhões anualmente”, conforme Relatório Mundial das Cidades, documento lançado pelo Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT, 2022). Assim, “68% da população mundial será urbana” (ONU-HABITAT, 2022). Nesse sentido, dispôs a Nova Agenda Urbana adotada, em 2016, na Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III) e aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) por meio da Resolução A/RES/71/256, em seu item 2 que:

Até 2050, espera-se que a população urbana quase duplique, fazendo da urbanização uma das tendências mais transformadoras do século XXI. Populações, atividades econômicas, interações sociais e culturais, assim como os impactos ambientais e humanitários, estão cada

vez mais concentrados nas cidades, trazendo enormes desafios para a sustentabilidade em termos de habitação, infraestrutura, serviços básicos, segurança alimentar, saúde, educação, empregos decentes, segurança e recursos naturais, entre outros. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017, p. 3).

Essa é, portanto, uma questão que precisa ser refletida, sobre o atual modelo de uso e ocupação do solo urbano para sejam formulados planos e ações capazes de responder aos desafios que já se apresentam, a exemplo do déficit de moradia digna, precariedade dos serviços públicos de saneamento, deficiência de infraestrutura urbana e ausência de tecnologia para enfrentamento da crise climática e seus efeitos adversos e atingimento dos ODS.

Uma pesquisa realizada por Isabela Battistello Espíndola e Wagner Costa Ribeiro (2020, p. 368) buscou analisar planos diretores das capitais brasileiras, instituídos após 2015, marco temporal da Agenda 2030 da ONU e seus ODS, bem como do Acordo de Paris, e se os mesmos, “além de contribuir para o desenvolvimento e planejamento urbano territorial, também preveem medidas para a superação dos desafios relacionados ao enfrentamento das mudanças climáticas (...)”. Defende-se, na citada pesquisa, “que os planos diretores municipais, enquanto instrumentos técnico-jurídicos para a definição do desenvolvimento municipal e a ordenação territorial urbana, são fundamentais para a resiliência e adaptação à mudança climática” (ESPÍNDOLA; RIBEIRO, 2020, p. 368).

Define-se planejamento como sendo “o conjunto de métodos, ações, estudos e meios de controle, a serem adotados dentro de determinada realidade concreta, para a consecução de objetivos previamente determinados”, como leciona José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 266). A questão climática está posta como um dos maiores desafios deste século e, portanto, deve ser objeto de planejamento para fins de enfrentamento dos efeitos adversos.

Nesse contexto, tem-se o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), instrumento do plano diretor, obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes, que, como já referenciado neste estudo, é o “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” e deve ser revisto, pelo menos, a cada 10 anos, na forma prevista no art. 40 da Lei n. 10.257/2001, sendo, ainda, uma das diretrizes da política urbana, a gestão democrática participativa.

Portanto, esclarecem Espíndola e Ribeiro (2020, p. 375) que:

Por mais óbvio que seja o papel das cidades na governança das mudanças climáticas, ainda existe muito a ser feito. Muitos dos planos diretores das principais cidades do Brasil não apresentam indicações explícitas de políticas voltadas para as mudanças climáticas. Isso demonstra a fragilidade que os municípios brasileiros possuem ante as mudanças climáticas e a carência de medidas de adaptação e mitigação.

Verifica-se que há desafios e oportunidades no desenvolvimento de políticas públicas que contemplem planos e ações de prevenção, mitigação e adaptação climática para reduzir a vulnerabilidade aos impactos das mudanças climáticas, sendo o plano diretor instrumento relevante para que as estratégias de enfrentamento sejam incorporadas para fins de assegurar cidades bem planejadas e transformadas para o alcance das metas dos ODS.

Assim, como identificado nesta pesquisa, a atuação multinível visa a promover a articulação federativa entre as três esferas de governo, para que, de forma coope-rada formulem programas e ações para redução da vulnerabilidade à mudança do clima, compreendendo por adaptação as “iniciativas e medidas para reduzir a vulne-rabilidade dos sistemas naturais e dos humanos em decorrência dos efeitos atuais e esperados da mudança do clima” e, por, mitigação, as “mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e [...] as emissões de gases de efeito estufa e que aumentem os sumidouros” (BRASIL, 2018), conforme disposto no art. 4º, incisos II e III, do Decreto n. 9.578, de 22 de novembro de 2018.

O alcance da meta 11.3 do ODS 11, de aumentar, até o ano de 2030, “a ur-banização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis [...]” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015, p. 30), passa pelo ordenamento territorial e infraestrutura adequada para responder aos efeitos adversos da mudança do clima.

Portanto, a formulação e a implementação de políticas públicas urbanas muni-cipais para o enfrentamento das mudanças climáticas, especialmente na perspectiva da garantia do acesso à água para consumo como Direito Humano Fundamental, objeto desta pesquisa, deve contar com a participação de multiatores e ser trabalhada de forma interseccional e multinível, sendo este um real desafio, pois, como afirmam Elda Coelho de A. Bussinguer e Isabela de Deus Cordeiro (2018, p. 212), o “Brasil nutre diversos exemplos [...] que evidenciam o modo como populações inteiras são simplesmente alijadas dos processos de tomada de decisões, refiram-se eles a proje-tos de desenvolvimento ou à própria proposta de políticas públicas”.

É oportuna, levando-se em conta a conjuntura de desigualdades sociais no país, a promoção de ações voltadas para conscientização sobre a crise climática e os riscos associados, assim como criar espaços públicos de discussão e fortalecer insti-tuições eficazes e inclusivas para a realização de gestão participativa da cidade, rumo à implementação das metas dos ODS.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise permitiu concluir que a formulação e a implementação de políticas públicas para o enfrentamento das mudanças climáticas e seus efeitos adversos que

possam impactar, negativamente, o acesso à água segura e de qualidade para o consumo não têm observado as estratégias de participação social, ou seja, com envolvimento de multiatores, sendo, ainda, necessária a integração de políticas públicas, perpassando, em especial, pelo instrumento de gestão urbana que é o Plano Diretor, bem como a incorporação, neste instrumento, da questão climática.

A partir da pesquisa, foi possível identificar que, diante dos desafios sem precedentes enfrentados pela humanidade neste século XXI, decorrentes do aquecimento global e das mudanças climáticas, há que se promover políticas públicas integradas e participativas para assegurar o acesso universal e equitativo à água.

Assim, no que diz respeito à garantia do acesso à água para consumo como Direito Humano Fundamental, as políticas públicas urbanas devem considerar as previsões de aumento da população e a necessidade de implementar infraestrutura capaz de responder positivamente aos impactos negativos causados por eventos climáticos extremos que resultam em perdas sociais, econômicas e ambientais.

Para tanto, deve-se investir, também, na melhoria dos sistemas de abastecimento de água e de segurança hídrica, diante de uma perspectiva real de aumento da escassez hídrica, crescimento da população e urbanização, reduzindo perdas no sistema de distribuição de água, além de promover ações de conscientização para o uso. Não se pode naturalizar o fato de que milhões de brasileiros ainda não possuem acesso à água potável, segura e de qualidade.

Desse modo, a implementação de tecnologias e de recursos financeiros em ações de prevenção, mitigação e adaptação a riscos climáticos possibilitará a preservação da vida e do bem-estar da população, em especial dos mais pobres, marginalizadas e vulneráveis aos impactos climáticos, que vivem em locais desprovidos de infraestrutura adequada e de serviços básicos. De igual forma, é fundamental restaurar ecossistemas relacionados com a água e melhorar a eficiência no uso da água, por meio de uma gestão que tenha a participação das comunidades locais que, comumente, são excluídas dos processos de discussão e de tomada de decisões.

REFERÊNCIAS

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Dados revelam impactos da emergência climática no deslocamento forçado.** [S.l.], 18 ago. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/08/18/dados-revelam-impactos-da-emergencia-climatica-no-deslocamento-forcado/>. Acesso em: 3 dez. 2023.

ACNUR doa itens emergenciais para população afetada pelas chuvas na Bahia. **Nações Unidas Brasil**, [s.l.], 7 jan. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/167729-acnur-doa-itens-emergenciais-para-popula%C3%A7%C3%A3o-afetada-pelas-chuvas-na-bahia>. Acesso em: 3 dez. 2023.

AGNU – ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolución A/RES/64/292**. El derecho humano al agua y el saneamiento. [S.l.], 3 agosto 2010. Disponível em: <https://undocs.org/sp/A/RES/64/292>. Acesso em: 27 nov. 2023.

AGNU – ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolución A/RES/71/222**. [S.l.], 7 feb. 2017. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/RES/71/222>. Acesso em: 3 dez. de 2023.

ANOMALIAS de temperatura são as maiores já vistas, afirma OMM. **ONU News**, [s.l.], 5 out. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/10/1821362>. Acesso em: 03 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 dez. de 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.433 de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.187 de 29 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em: 2 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; [...] e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.578, de 22 de novembro de 2018**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, [...] e a Política Nacional sobre Mudança do Clima [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9578.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Recursos para Gestão de Riscos e Desastres**. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfd0c-c-f2cd-4e1c-8cde-6abfdffea6a8&reportId=38677b6b-e536-4ad5-896c-5bef379e67d5>. Acesso em: 3 dez. 2023.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CORDEIRO, Isabela de Deus; SALLES, Shayene Machado. O discurso político-ideológico do “desenvolvimento sustentável”: uma crítica à luz da epistemologia da linguagem e da teoria discursiva de Michel Foucault. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas** [online], Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 500-513, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5550>. Acesso em: 3 dez. 2023.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; CORDEIRO, Isabela de Deus. **Ecologia crítica**: Estado, mercado e sociedade – uma análise para um retorno do metabolismo do homem com a natureza. São Paulo: Hucitec, 2018.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SALLES, Shayene Machado. Saúde no contexto da inter-relação público-privado: um bem público, um bem de consumo ou um direito humano fundamental com vistas à universalidade? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 23, n. 2, p. 104-137, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i2996>. Acesso em: 3 dez. 2023.

CAMPOS, Ana Cristina. Censo: falta de endereço em favelas dificulta registro de domicílios. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 22 mar. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-03/censo-falta-de-endereco-em-favelas-dificulta-registro-dos-domicilios>. Acesso em: 27 nov. 2023.

CARVALHO, Claudio Oliveira de; MACEDO JÚNIOR, Gilson Santiago. ‘Ainda vão me matar numa rua’: direito à cidade, violência contra LGBTs e heterocisnormatividade na cidade-armário. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 143-164, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i2.1018>. Acesso em: 4 dez. 2023.

CARVALHO, Andreia Pereira. **Educação ambiental como instrumento de fortalecimento da democracia deliberativa**. 2023. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2023. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1561>. Acesso em: 17 nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. rev, ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONSUMO vampírico está esgotando a água no mundo, afirma secretário-geral da ONU. **Nações Unidas Brasil**, [s.l.], 23 mar. 2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/224386-consumo-vamp%C3%ADrico-est%C3%A1-esgotando-%C3%A1-gua-no-mundo-afirma-secret%C3%A1rio-geral-da-onu>. Acesso em: 3 dez. 2023.

EL NIÑO deverá continuar pelo menos até abril de 2024. **Agência Brasil**, [s.l.], 8 nov. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2023-11/el-nino-devera-continuar-pelo-menos-ate-abril-de-2024>. Acesso em: 03 dez. 2023.

ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; RIBEIRO, Wagner Costa. Cidades e mudanças climáticas: desafios para os planos diretores municipais brasileiros. **Cad. Metrop.**, São Paulo, v. 22, n. 48, p. 365-395, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2236-9996.2020-4802>. Acesso em: 03 dez. 2023.

GAMEIRO, Nathália. Contaminação da água potável por agrotóxico no Brasil é tema de audiência pública na Câmara dos Deputados. **Fiocruz**, [s./], 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/contaminacao-da-agua-potavel-por-agro-toxico-no-brasil-e-tema-de-audiencia-publica-na-camara-dos-deputados/>. Acesso em: 3 dez. 2023.

GRANZIERA, Luíza Machado; RIANI, Rhiani Salamon Reis. A cooperação internacional para sociedades inclusivas: a construção de capacidades multinível e multiatores no contexto da Agenda 2030. In: REI, Fernando; GRANZIERA, Luíza Machado; GONÇALVES, Alcindo (Orgs.). **Paradiplomacia ambiental – Agenda 2030**. Santos (SP): Editora Universitária Leopoldianum, 2020. p. 300-314. Disponível em: <https://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2020/11/PARADIPLOMACIA-COMPLETO-VERSAO-E-BOOK.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. De 2010 a 2022, população brasileira cresce 6,5% e chega a 203,1 milhões. **Agência IBGE Notícias**, [s./], 28 jun. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes>. Acesso em: 14 out. 2023.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Climate change 2023**: synthesis report. [S./], 2023. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.

LOJKINE, Jean. **O estado capitalista e a questão urbana**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. 1. ed. brasileira. São Paulo, Martins Fontes, 1981.

MUNDO não pode ver água como garantida, afirma chefe da ONU ao lançar década global de ação. **Nações Unidas Brasil**, [s./], 22 mar. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/79485-mundo-n%C3%A3o-pode-ver-%C3%A1gua-como-garantida-afirma-chefe-da-onu-ao-lan%C3%A7ar-d%C3%A9cada-global-de-a%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 3 dez. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Acordo de Paris**. Paris, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-08/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Transformando Nosso Mundo**: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Tradução: Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). [S./], 13 out. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

NO BRASIL, 40 milhões de crianças estão expostas a riscos climáticos. **Nações Unidas Brasil**, [s./], 10 nov. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/206888-no-brasil-40-milh%C3%B5es-de-crian%C3%A7as-est%C3%A3o-expostas-riscos-clim%C3%A1ticos>. Acesso em: 3 dez. 2023.

OMS: Acesso à água limpa pode salvar 1,4 milhão de vidas. **ONU News**, [s./], 29 jun. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/06/1816807>. Acesso em: 27 nov. 2023.

ONU-HABITAT: população mundial será 68% urbana até 2050. **Nações Unidas Brasil**, [s.l.], 1 jul. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/188520-onu-habitat-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-ser%C3%A1-68-urbana-at%C3%A9-2050>. Acesso em: 3 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nova Agenda Urbana**. [S.l.]: Habitat III, 2017. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Política da Cúpula dos ODS**. Nova Iorque, 18 set. 2023. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2023-09/ONU_DeclaracaoPolitica_CupulaDosODS_20230918.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Agua para consumo humano**. [S.l.], 13 sep. 2023. Disponível em: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Climático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SANTOS, Gesmar Rosa dos; MENDES, Alesi Teixeira. Dados e indicadores dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, Rio de Janeiro: Ipea, n. 29, jan./jun. 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12150/16/BRUA_29_dados_Indicadores%20dos%20servicos_de_agua_e_esgotamento.pdf. Acesso em: 27 nov. 2023.

SCHUELER, Paulo. OMS e Unicef alertam para água potável, saneamento e higiene. **Bio-Manguinhos/Fiocruz**, [s.l.], 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/en/noticias/2481-oms-e-unicef-alertam-para-agua-potavel-saneamento-e-higiene>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SUSTENTAREA. ODS 6 – Água e Saneamento básico. **Faculdade de Saúde Pública da USP**, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://www.fsp.usp.br/sustentarea/2020/09/05/ods-6-agua-e-saneamento-basico>. Acesso em: 14 out. 2023.

TRATA BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/painel-saneamento-brasil>. Acesso em: 14 out. 2023.

TRATA BRASIL. **Perdas de Água 2022**. [S.l.], 2022. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/perdas-de-agua-2022/>. Acesso em: 3 dez. 2023.

TRATA BRASIL. **Água**. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/agua/>. Acesso em: 27 nov. 2023.

TREVIZAN, Deborah. Direito à água enfrenta desafios. **Desafios do Desenvolvimento**, [s.l.], a. 12, n. 84, 16 out. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3172&catid=28&Itemid=39. Acesso em: 03 dez. 2023.

UNICEF BRASIL. **Pobreza na Infância e na Adolescência**. [S.l.], ago. 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia>. Acesso em: 3 dez. 2023.

PARTE 6
DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL E NOVAS TECNOLOGIAS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO DIREITO COMPARADO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL DERECHO COMPARADO

Bernardo Spencer da Fontoura Teixeira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O cenário jurídico norte-americano e a seção 230 do *Communications Decency Act*; 2. A legislação europeia e o caso específico da Alemanha; 3. O ordenamento jurídico brasileiro e o Marco Civil da Internet; Considerações finais; Referências.

RESUMO

O modelo regulatório norte-americano isenta as plataformas digitais de responsabilidade pelo conteúdo publicado pelos usuários, passando ao largo da proporcionalidade, porquanto frequentemente será inviável a responsabilização direta do autor da postagem. O modelo alemão peca em sentido oposto, incentivando as redes sociais a bloquearem uma grande quantidade de conteúdo lícito para evitar a imposição das multas cominadas, em vez de analisar a legalidade do conteúdo denunciado. Assim, o modelo brasileiro mostra-se mais proporcional, ao reservar a decisão quanto à (i)legalidade do conteúdo ao Poder Judiciário, responsabilizando as plataformas apenas em caso de descumprimento de ordem judicial de remoção.

Palavras-chave: responsabilidade civil; plataformas digitais; direito comparado.

RESUMEN

El modelo regulatorio norteamericano exime a las plataformas digitales de responsabilidad por los contenidos publicados por los usuarios, saltándose la proporcionalidad, ya que muchas veces será inviable responsabilizar directamente al autor del post. El modelo alemán va en la dirección opuesta, incentivando a las redes sociales a bloquear una gran cantidad de contenidos legales para evitar la imposición de multas. Así, el modelo brasileño parece más proporcional, ya que reserva la decisión sobre la (i)legalidad de los contenidos al Poder Judicial, responsabilizando a las plataformas sólo en caso de incumplimiento de una orden judicial de eliminación.

Palabras-clave: responsabilidad civil; plataformas digitales; derecho comparado.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – bolsista CAPES TAXAS. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6727670469440321>>. Endereço eletrônico: bernardo.teixeira93@edu.pucrs.br.

1 INTRODUÇÃO

A era digital assistiu ao surgimento e popularização das redes sociais, acarretando uma verdadeira revolução na infraestrutura da liberdade de expressão. Se, em meados do Século XX, os grandes conglomerados midiáticos – estúdios de cinema, emissoras de rádio e televisão, jornais de grande circulação etc. – eram responsáveis por veicular o conteúdo que eles mesmos produziam, as empresas mais poderosas da atualidade são as detentoras de plataformas como o *Facebook*, o *Instagram* e o *Twitter*, as quais se destinam à publicação e ao compartilhamento do conteúdo gerado pelos próprios usuários, constituindo uma poderosa infraestrutura para a disseminação de conhecimento, assim como para expressão e participação públicas.

No entanto, a descentralização na produção de conteúdo possibilitada pelas redes sociais trouxe consigo novos desafios, dentre os quais o de estabelecer qual o grau adequado de responsabilidade civil que deve ser conferido a tais plataformas em relação ao conteúdo publicado por seus usuários.

Tal problemática foi endereçada de formas distintas em países diversos, na tentativa de alcançar um equilíbrio entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à dignidade dos usuários eventualmente atingidos por postagens ofensivas.

Assim, no presente trabalho, pretende-se analisar, comparativamente, as abordagens regulatórias adotadas pelos EUA, pela Alemanha e pelo Brasil no que tange à responsabilidade civil das plataformas digitais pelo conteúdo publicado por terceiros, a fim de determinar qual delas estabelece o melhor equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito.

O método eleito é o indutivo, partindo da análise empírica dos marcos regulatórios adotados pelos países supracitados para, mediante abordagem qualitativa e investigação bibliográfica, obter conclusões acerca da sua respectiva proporcionalidade quanto aos princípios em jogo.

A seguir, portanto, será exposto, em um primeiro momento, o marco regulatório norte-americano, oferecendo-se o contexto fático-normativo que levou ao seu surgimento, bem como as críticas que vem sofrendo no campo político. Em um segundo momento, será abordado o contexto europeu, conferindo-se especial atenção ao caso da Alemanha, devido à pioneira legislação publicada naquele país em 2017, cujas provisões relevantes para o tema deste estudo serão objeto de análise. Na terceira parte, o foco será o cenário jurídico brasileiro, expondo-se o cenário anterior e posterior à promulgação do Marco Civil da Internet. Ao final, seguem-se breves considerações.

2 O CENÁRIO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E A SEÇÃO 230 DO *COMMUNICATIONS DECENCY ACT*

Em 1996, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act*), a qual contém entre suas provisões a seção 230, que dispõe sobre a responsabilidade dos intermediários quanto ao conteúdo gerado por terceiros. No entanto, para compreender adequadamente o significado e as implicações dessa norma, importa considerar de que modo o Poder Judiciário enfrentava tal problemática antes da sua promulgação.

Embora proferida em 1959, muito antes do surgimento da internet, a decisão da Suprema Corte em *Smith v. California* constitui um precedente importante acerca da matéria (ESTADOS UNIDOS, 1959). Eleazar Smith era proprietário de uma livraria em Los Angeles, California, onde uma lei municipal proibia qualquer pessoa de ter em seu poder, no mesmo local onde livros eram expostos à venda, material considerado obsceno. Smith foi denunciado por violar a lei em comento depois que um policial à paisana adquiriu, em sua livraria, um exemplar de *Sweeter Than Life*, livro ficcional que continha descrições explícitas de atos sexuais. Condenado nas instâncias inferiores, Smith conseguiu reverter a decisão na Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade da lei municipal (KOSSEFF, 2019, p. 19-26).

Em seu voto condutor, o Justice William J. Brennan Jr. entendeu que, para que fossem consideradas constitucionais, leis que proibissem a distribuição de material obsceno deveriam exigir um elemento subjetivo na conduta. Embora não tenha determinado se o elemento subjetivo em questão consistiria no efetivo conhecimento do acusado acerca do conteúdo dos materiais distribuídos, ou se apenas a presença de boas razões para suspeitar da obscenidade seria suficiente, Brennan entendeu que a referida lei era inconstitucional, uma vez que o dono de uma livraria, como Smith, poderia ser responsabilizado, ainda que desconhecesse o conteúdo dos livros vendidos. Tal espécie de responsabilização faria com que as livrarias se limitassem a vender apenas os livros com cujo conteúdo o dono estivesse familiarizado, o que limitaria o acesso da população a livros não obscenos, violando, assim, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana (ESTADOS UNIDOS, 1959).

Os impactos dessa decisão perduram até hoje, indo muito além das livrarias e do conteúdo obsceno. Conforme a regra estabelecida por esse precedente, a Primeira Emenda veda que qualquer distribuidor de conteúdo – incluindo-se, nessa categoria, canais de televisão, distribuidores de revista, provedores de serviços de internet, entre outros – seja responsabilizado pelo conteúdo distribuído, salvo se for demonstrado concretamente que o distribuidor tinha conhecimento acerca da ilegalidade do conteúdo, ou tinha razões para dela suspeitar (KOSSEFF, 2019, p. 27). Nos anos 1990, essa regra seria aplicada a dois casos emblemáticos envolvendo provedores de inter-

net, cujos resultados diversos levaram diretamente à promulgação da seção 230 do *Communications Decency Act*.

O primeiro caso, julgado em 1991 pela *United States District Court for the Southern District of New York*, foi *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.* A *CompuServe* era uma empresa provedora de internet que hospedava um *newsletter* chamado *Rumorville*. Em razão de um artigo publicado no *Rumorville*, a empresa *Cubby* e seu proprietário, Robert Blanchard, ajuizaram ação em face da *CompuServe*, buscando reparação pela depreciação da empresa (*business disparagement*) e difamação do proprietário. Em julgamento antecipado da lide (*summary judgement*), foi decidido, com base no precedente de *Smith v. California*, que a *CompuServe*, embora, de fato, hospedasse conteúdo difamatório, era somente uma distribuidora de tal conteúdo, uma vez que não exercia qualquer espécie de controle editorial das publicações e, portanto, só poderia ser responsabilizada por difamação caso tivesse conhecimento do teor difamatório do conteúdo (ESTADOS UNIDOS, 1991).

Já no segundo caso, *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, julgado em 1995 pela *New York Supreme Court*, a empresa de investimentos *Stratton Oakmont* moveu uma ação contra a empresa provedora de internet *Prodigy* em razão de um comentário anônimo publicado no fórum *Money Talk*, hospedado por ela, que acusava a *Stratton Oakmont* de cometer atos criminosos e fraudulentos durante a oferta pública inicial de ações da empresa *Solomon-Page Ltd.* Nesse caso, diversamente do anterior, decidiu-se que, como a *Prodigy* exercia o controle editorial do conteúdo publicado no *Money Talk*, a empresa não poderia ser considerada apenas uma distribuidora, de modo que era responsável pela veiculação de difamação (ESTADOS UNIDOS, 1995).

Com base nessas duas decisões, estabeleceu-se a distinção entre *distributor* e *publisher*. Os primeiros seriam instituições neutras, que não exercem o controle editorial prévio do conteúdo publicado, de modo que só poderiam ser responsabilizados, civil ou criminalmente, se soubessem ou tivessem razão para saber do seu teor danoso. Já os segundos seriam instituições que não somente veiculam, mas também editam e controlam o conteúdo que é gerado pelos usuários, de modo que responderiam pelos eventuais danos causados, mesmo que ignorassem a potencial ilicitude do conteúdo (KOSSEFF, 2019, p. 43 e 49-52).

Em 1996, dois congressistas norte-americanos, Chris Cox e Ron Wyden, cientes de que tal distinção criava um incentivo para que as empresas provedoras de serviços digitais deixassem de efetuar qualquer controle do conteúdo divulgado pelos usuários de suas plataformas, a fim de evitar a responsabilização, propuseram uma emenda a um projeto de lei que visava substituir o *Communications Act* de 1934. Tal emenda, que viria a se tornar a seção 230 do *Communications Decency Act*, tinha o objetivo de promover o desenvolvimento de novos serviços *online* e, ao mesmo tempo, permitir que as empresas estabelecessem seus próprios códigos de conduta a respeito do tipo de conteúdo que seria aceitável (KOSSEFF, 2019, p. 60).

A seção 230, no que tange ao objeto do presente estudo, se encontra assim redigida (ESTADOS UNIDOS, 1996):

“§230. Protection for private blocking and screening of offensive material (...)

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

(2) Civil liability

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of-

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).”

De acordo com Jack Balkin, a seção 230 *“tem sido um dos fiadores mais importantes da liberdade de expressão na internet, ao menos nos Estados Unidos”*, pois, ao proteger os provedores de serviços *online* da responsabilidade pelo conteúdo gerado por terceiros, ela possibilitou a criação de diversos aplicativos e serviços que permitem a interação entre as pessoas, bem como permitiu o desenvolvimento de uma cultura de liberdade de expressão no ambiente digital (BALKIN, 2009).

No entanto, recentemente, tal imunidade tem sido alvo de crítica por ambos os lados do espectro político. Durante o seu mandato, o ex-Presidente Donald Trump chegou a editar a Ordem Executiva n.º 13925, a qual estabelecia algumas diretrizes para mudanças na seção 230, bem como para sua aplicação pelos órgãos administrativos do governo federal norte-americano, com o intuito de combater a censura *online*. De acordo com o texto da Ordem Executiva (ESTADOS UNIDOS, 2020):

“(...) Section 230 was not intended to allow a handful of companies to grow into titans controlling vital avenues for our national discourse under the guise of promoting open forums for debate, and then to provide those behemoths blanket immunity when they use their power to censor content and silence viewpoints that they dislike. When an interactive computer service provider removes or restricts access to content and its actions do not meet the criteria of subparagraph (c)(2) (A), it is engaged in editorial conduct. It is the policy of the United States that such a provider should properly lose the limited liability shield of

subparagraph (c)(2)(A) and be exposed to liability like any traditional editor and publisher that is not an online provider.”

Por sua vez, o atual presidente Joe Biden, em entrevista ao *The New York Times* durante a campanha eleitoral, manifestou seu entendimento de que a seção 230 deveria ser revogada (THE NEW YORK TIMES, 2020):

“The idea that it’s a tech company is that Section 230 should be revoked, immediately should be revoked, number one. For Zuckerberg and other platforms. (...) It should be revoked because it is not merely an internet company. It is propagating falsehoods they know to be false, and we should be setting standards not unlike the Europeans are doing relative to privacy. You guys still have editors. I’m sitting with them. Not a joke. There is no editorial impact at all on Facebook. None. None whatsoever. It’s irresponsible. It’s totally irresponsible. (...) He should be submitted to civil liability and his company to civil liability, just like you would be here at The New York Times.”

Não obstante, em dois julgados do corrente ano, nos quais a Suprema Corte norte-americana teve a oportunidade de se manifestar a respeito do grau da imunidade conferida pela seção 230 às plataformas digitais quanto à responsabilidade pelo conteúdo publicado por seus usuários, o tribunal evitou se manifestar sobre a norma em comento, julgando ambos os casos sob outra perspectiva (ESTADOS UNIDOS, 2023a; ESTADOS UNIDOS, 2023b).

Portanto, apesar das críticas, conclui-se que, no ordenamento jurídico norte-americano, não é possível, ao menos a princípio, responsabilizar as plataformas digitais, tais como Facebook (Meta), Twitter etc., pelas postagens de seus usuários.

3 A LEGISLAÇÃO EUROPEIA E O CASO ESPECÍFICO DA ALEMANHA

No âmbito da União Europeia, a responsabilidade das plataformas digitais foi regulada, inicialmente, pela Diretiva 2000/31/EC, também conhecida como Diretiva do *e-commerce*.

De acordo com a Diretiva em comento, as atividades de “*um serviço da sociedade da informação*” que consistissem em “*simples transporte*”, “*armazenagem temporária (‘caching’)*” ou “*armazenagem em servidor*” estariam isentas de qualquer espécie de responsabilidade, desde que cumpridas determinadas condições, estabelecidas nos artigos 12, 13 e 14 (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Tal imunidade resultou, em grande medida, inalterada com a aprovação do *Digital Services Act* (DSA) pelo Parlamento Europeu, em 2022, embora tenham sido

impostas novas obrigações às plataformas, em especial àquelas tidas como “*de muito grande dimensão*”, sendo consideradas como tais as que possuem um número médio mensal de usuários ativos, na União Europeia, superior a 45 milhões (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

De acordo com essas normativas, as plataformas digitais são isentas de responsabilidade acerca do conteúdo gerado pelos usuários, desde que não tenham conhecimento acerca do conteúdo ilegal e tenham atuado de modo diligente, tão logo tenham sido informadas acerca da ilicitude, no sentido de suprimir o conteúdo ou restringir o acesso a ele (BUITEN, 2021). Importa destacar que o DSA, por se tratar de uma regulação, é diretamente aplicável aos Estados-Membros, cuja legislação interna não pode dispor de modo contrário (CAUFFMAN; GOANTA, 2021).

Nesse contexto, o Parlamento alemão aprovou, em 2017 – antes, portanto, da aprovação do DSA, mas na vigência da Diretiva do *e-commerce* –, projeto de lei que deu origem à “*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*”, ou, em tradução livre, “Lei sobre a melhoria da aplicação do direito nas redes sociais”, também conhecida como *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, por sua vez, abreviado como *NetzDG* (ALEMANHA, 2017).

Trata-se de legislação que visa combater a “desinformação” e o “discurso de ódio”, sendo aplicável às redes sociais com mais de 2 milhões de usuários ativos no país. A definição de redes sociais é fornecida pelo texto da lei como “provedores de serviços de telecomunicações que operam plataformas na internet, com fins lucrativos, destinadas a permitir que os usuários compartilhem qualquer conteúdo com outros usuários ou o tornem disponível ao público”. Estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação da lei as plataformas jornalísticas e os aplicativos de mensagem, tais como o *WhatsApp* (ALEMANHA, 2017).

A lei impõe às redes sociais a obrigação de fornecer aos usuários um procedimento “facilmente reconhecível, diretamente acessível e permanentemente disponível” para a submissão de denúncias acerca de conteúdo ilegal, sendo considerado como tal aquele que se amolda a uma série de tipos penais, mencionados expressamente por referência aos respectivos artigos do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*), a exemplo dos seguintes: § 86 – divulgação de material de propaganda de organizações inconstitucionais e terroristas (*verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger und terroristischer Organisationen*); § 100a – falsificação traiçoeira (*landesverräterische Fälschung*); § 111 – incitação pública à prática de crimes (*öffentliche Aufforderung zu Straftaten*) (ALEMANHA, 2017).

Ao receber uma denúncia, a rede social deve escrutinar a legalidade do conteúdo denunciado. Caso entenda que o conteúdo é ilegal, deve removê-lo (o conteúdo deixa de existir) ou bloquear acesso a ele (restrição seletiva). Ainda, o *NetzDG* diferencia os conteúdos ilegais dos manifestamente ilegais: os primeiros devem ser

removidos ou bloqueados em até 7 dias; os segundos, em até 24 horas (SCHMITZ; BERNDT, 2018). No entanto, a lei não especifica o que acontece se as redes sociais não cumprirem os prazos de 7 dias e 24 horas para a remoção dos conteúdos ilegais e manifestamente ilegais (KASAKOWSKI, 2020).

Embora o descumprimento das obrigações impostas no *NetzDG* possa ensejar a aplicação de multas de até 50 milhões de euros, é importante ter em vista que a multa é aplicada em razão do descumprimento sistemático das suas provisões. Nesse sentido, não é a falha em remover ou bloquear um conteúdo específico que enseja a responsabilização, mas sim a não adoção sistemática dos mecanismos previstos, como a não disponibilização aos usuários do procedimento de denúncia. Ainda, a recorrência de decisões incorretas acerca da ilegalidade dos conteúdos dentro de um período limitado pode indicar que o processo de tratamento das denúncias não se encontra implementado adequadamente, ensejando, assim, a aplicação de multa (SCHMITZ; BERNDT, 2018).

Importante destacar que o *NetzDG*, desde que foi aprovado, não escapou de algumas críticas. Dentre essas, destaca-se a de que a legislação incentivaria as redes sociais a bloquearem uma grande quantidade de conteúdo lícito, a fim de evitar a imposição das multas cominadas, em vez de realizar a análise complexa acerca da legalidade do conteúdo denunciado (ECHIKSON; KNODT, 2018).

Por outro lado, a legislação também foi alvo de elogios, sendo o principal deles relativo à transparência. Com efeito, as redes sociais que recebam mais de 100 denúncias por ano devem publicar relatórios semestrais que contenham: o número total de denúncias recebidas (discriminadas por motivação); o número de conteúdos excluídos ou bloqueados; e o tempo entre o recebimento da denúncia e a realização da exclusão ou bloqueio (TWOREK; LEERSSEN, 2019).

Conclui-se, então, que o *NetzDG* estabelece um regime de responsabilidade subjetiva das redes sociais. No entanto, a conduta que enseja essa responsabilidade não é a de deixar de bloquear ou restringir um conteúdo denunciado que seja efetivamente ilegal, mas sim a de descumprir sistematicamente as disposições organizacionais que a lei impõe.

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O MARCO CIVIL DA INTERNET

No Brasil, tendo em vista a falta de uma regulamentação legal específica sobre a matéria, ao longo dos anos 2000, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicava as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor aos conflitos surgidos no meio digital, consoante se exemplifica (BRASIL, 2013):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL.

1 - Na linha dos precedentes desta Corte, **o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano.** Precedentes.

2 - Não se revela abusivo, no caso concreto, o valor da indenização fixada a título de danos morais (R\$ 12.000,00).

3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.284.096/MG, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe de 19/12/2013.) (grifos nossos)

A ementa colacionada acima é representativa do entendimento dominante à época. Rechaçando a posição que defendia a existência de um risco inerente às atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços digitais, a ensejar a responsabilidade objetiva pelo conteúdo publicado, o STJ trilhou o caminho da responsabilidade subjetiva, decorrente da não remoção imediata do conteúdo tido como ilícito quando notificado de sua existência pela vítima (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 75-84).

Tal cenário, contudo, sofreu alteração substancial a partir da promulgação do Marco Civil da Internet (MCI), em 2014. Com efeito, assim dispõe o art. 19 da normativa em comento (BRASIL, 2014):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Como se percebe, dita legislação manteve o regime da responsabilidade subjetiva. No entanto, diversamente do caminho trilhado pelo STJ, o MCI estabelece que a responsabilidade dos provedores de serviços digitais não decorre do descumprimento da simples notificação da vítima, mas sim do não atendimento a uma ordem judicial de retirada de um conteúdo (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 100).

Ainda, importante ressaltar que o diploma legal em questão não impede que as redes sociais continuem a remover diretamente os conteúdos que violem os seus termos de uso, seja automaticamente, seja ao atender notificações dos usuários (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 101).

No entanto, o regime de responsabilidade criado pelo MCI, assim como suas contrapartes na Alemanha e nos EUA, também não passou incólume às críticas, sendo que a eventual inconstitucionalidade do art. 19 do MCI é tema que já teve a repercussão geral reconhecida pelo STF (Tema – 987) (BRASIL, 2018).

Devido ao escopo deste trabalho, inviável apresentar todos os argumentos apresentados para defender a inconstitucionalidade do referido dispositivo, razão pela qual ora se opta por fornecer, apenas a título exemplificativo, a posição de Patrícia Heloisa de Carvalho, para quem o art. 19 do MCI esbarraria na proibição do retrocesso, tendo em vista que o regime de responsabilidade antes vigente seria mais protetivo em relação aos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção do consumidor (HELOISA DE CARVALHO, 2017).

De qualquer sorte, até o momento em que este trabalho está sendo redigido, o art. 19 do MCI permanece em vigor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado, as abordagens regulatórias adotadas no Brasil, nos EUA e na Alemanha diferem marcadamente entre si no que tange à responsabilidade das redes sociais pelo conteúdo veiculado por seus usuários, na tentativa de harmonizar a liberdade de expressão e os direitos de personalidade das pessoas eventualmente atingidas por manifestações ofensivas.

Nos EUA, o *Communications Decency Act*, ao praticamente imunizar as plataformas digitais de responsabilidade pelos conteúdos publicados por seus usuários, não se mostra proporcional, uma vez que frequentemente será inviável responsabilizar diretamente o autor da postagem, reduzindo demasiadamente o âmbito de proteção dos direitos de personalidade da parte eventualmente atingida.

Já na Alemanha, peca-se pelo caminho contrário. O NetzDG impõe sanções pela falha em remover conteúdos ilícitos, mas entrega às plataformas o poder para julgar a licitude das manifestações denunciadas, criando incentivos para o bloqueio em massa de conteúdos lícitos, atingindo frontalmente a liberdade de expressão.

Finalmente, o modelo de responsabilização apenas após o descumprimento de ordem judicial de remoção, adotado pelo Brasil após a promulgação do Marco Civil da Internet, embora não isento de críticas e ainda pendente de análise quanto à sua (in)constitucionalidade, parece atingir um equilíbrio mais adequado entre os direitos fundamentais conflitantes, na medida em que reserva a decisão quanto à (i)legalidade do conteúdo ao Poder Judiciário, favorecendo a liberdade de expressão, sem excluir completamente a possibilidade de responsabilizar as plataformas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352). Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG). Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 61, ausgegeben am 07 nov. 2017b, Seite 3352. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. *Pepperdine Law Review*, vol. 36, no. 2, 2009, pp. 427-444.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). AgRg nos EDcl no REsp n. 1.284.096/MG, relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 10/12/2013, DJe de 19/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 1.037.396/SP. Recorrente: Facebook Servicos Online Do Brasil Ltda. Recorrido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Min. Dias Toffoli, 02 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314030456&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BUITEN, Miriam C. The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 12, no. 5, 2021, pp. 361-380.

CAUFFMAN, Caroline; GOANTA. Catalina. A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection. *European Journal of Risk Regulation*, 12 (2021), pp. 758–774. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection/8E34BA-8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1>. Acesso em: 30 jun. 2023.

ECHIKSON, William; KNODT, Olivia. Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate (November 22, 2018). CEPS Policy Insight. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3300636>. Acesso em: 30 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.* U.S. District Court for the Southern District of New York - 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/135/2340509/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. *Eleazar Smith, et al. v. State of California*. Supreme Court of the United States – 361 U.S. 147 (1959). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/361/147/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Federal Register, Vol.85, N. 106, Tuesday, June 2, 2020. Presi-

dential Documents. Executive Order 13925 - Preventing Online Censorship. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/06/02/2020-12030/preventing-online-censorship>. Acesso em: 25 jun. 2023

ESTADOS UNIDOS. Reynaldo Gonzalez, et al., v. Google LLC, 598 U.S. ____ (2023a), disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-1333/269369/20230620090031678_EFiling%2021-1333%20Vacd%20Remd%20NO%20COSTS%20CA9%206.20.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs., 23 Media L. Rep. (N.Y. Sup. Ct. 1995). Disponível em: <https://casetext.com/case/stratton-oakmont-inc-v-prodigy-servs>. Acesso em: 25 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Twitter, Inc., et al., v. Mehier Taamneh, et al., 598 U.S. ____ (2023b), disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-1496/269371/20230620090219413_EFiling%2021-1496%20Revd%20COSTS%20CA9%206.20.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

HELOISA DE CARVALHO, P. O “marco civil da internet”: uma análise sobre a constitucionalidade do artigo 19. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 33, n. 2, 2017. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/140>. Acesso em: 30 jun. 2023.

KASAKOWSKI, Thomas et al. Network Enforcement as Denunciation Endorsement? A Critical Study on Legal Enforcement in Social Media. Telematics and Informatics, [s.l.], v. 46, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0736585319308093?via%3Dihub>. Acesso em: 30 jun. 2023.

KOSSEFF, Jeff. The twenty-six words that created the Internet. Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019.

SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): A Blunt Sword? (December 14, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>. Acesso em: 30 jun. 2023.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

THE NEW YORK TIMES. Opinion: The Editorial Board. Joe Biden, Former vice president of the United States. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/01/17/opinion/joe-biden-nytimes-interview.html>. Acesso em: 25 jun. 2023.

TWOREK, Heidi; LEERSSEN, Paddy. An Analysis of Germany’s NetzDG Law. Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, 18 abr. 2019. Disponível em: https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de

informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031&lang1=PT&from=EN&lang3=choose&lang2=choose&_csrf=6827e11c-919e-4076-8980-69634650af79. Acesso em: 28 jun. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32022R2065#>. Acesso em 28 jun. 2023.

A SENTENÇA CRIMINAL NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: POSSIBILIDADES, QUESTÕES ÉTICAS E A HUMANIDADE INTRÍNSECA DA DECISÃO JUDICIAL

LA SENTENCIA PENAL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: POSIBILIDADES, CUESTIONES ÉTICAS Y LA HUMANIDAD INTRÍNSECA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Gabriel Silveira de Queirós Campos¹

Américo Bedê Júnior²

RESUMO

O avanço tecnológico no mundo em tempos de *big data*, aprendizado de máquina, “Internet das Coisas” e inteligência artificial (IA) tem sido notável nas últimas décadas. Na “era digital”, novidades tecnológicas como sistemas de petição eletrônico (PJe, EPROC e PROJUD) já fazem parte da realidade do Poder Judiciário brasileiro. Sistemas de IA também começam a ser desenvolvidos em muitos tribunais. O presente estudo enfrenta o problema do uso da IA na sentença criminal, explorando o potencial de algoritmos na aplicação da pena e as principais questões éticas envolvidas: justiça (*fairness*), responsabilidade (*accountability*) e transparência. A pesquisa problematiza a abordagem mais comum encontrada na literatura especializada sobre o tema, segundo a qual as vantagens e desvantagens da utilização da IA na sentença criminal devem ser medidas em comparação às decisões tradicionalmente tomadas por juízes humanos. Não obstante admitir, em tese, que sentenças computadorizadas podem produzir julgamentos mais precisos, consistentes e previsíveis (portanto, mais objetivos), o estudo defende que a tarefa de julgar é essencialmente humana, envolvendo sensibilidade e interpretação. Tornar a sentença criminal puramente mecânica, ou até mesmo automatizada por algoritmos, é retirar da decisão judicial seu elemento essencialmente humano.

Palavras-chave: inteligência artificial; algoritmos; ética; sentença criminal; aplicação da pena.

RESUMEN

El avance tecnológico mundial en tiempos de *big data*, aprendizaje automático, “Internet de las cosas” e inteligencia artificial (IA) ha sido notable en las últimas décadas. En la “era digital”, innovaciones tecnológicas como los sistemas de petición electrónica (sistemas brasileños que

1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Criminologia e Justiça Criminal (Universidade de Oxford). Procurador da República.

2 Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor da graduação e da pós graduação stricto sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juiz Federal.

se llaman PJe, EPROC y PROJUD) ya son parte de la realidad del Poder Judicial brasileño. También se están empezando a desarrollar sistemas de inteligencia artificial en muchos tribunales. El presente estudio aborda el problema del uso de la IA en las sentencias penales, explorando el potencial de los algoritmos en la aplicación del castigo y las principales cuestiones éticas involucradas: equidad, rendición de cuentas y transparencia (fairness, accountability, and transparency). La investigación problematiza el enfoque más común encontrado en la literatura especializada sobre el tema, según el cual las ventajas y desventajas del uso de la IA en la sentencia penal deben medirse en comparación con las decisiones tradicionalmente tomadas por jueces humanos. A pesar de admitir, en teoría, que las sentencias informatizadas pueden producir juicios más precisos, consistentes y predecibles (por tanto, más objetivos), el estudio sostiene que la tarea de juzgar es esencialmente humana e implica sensibilidad e interpretación. Hacer que la sentencia penal sea puramente mecánica, o incluso automatizada mediante algoritmos, es eliminar de la decisión judicial su elemento esencialmente humano.

Palabras clave: Inteligencia artificial; algoritmos; Principio moral; sentencia penal; aplicación de la pena.

1 INTRODUÇÃO

Você prefere ser julgado por um humano ou por um robô?

Se pensarmos na realidade da justiça criminal, no Brasil e no mundo, a pergunta acima não passa de mera hipótese. Quando imaginamos a figura de um juiz, imediatamente vem à nossa mente um homem de meia-idade, circunspecto, vestindo a toga preta e empunhando o martelo que é um dos símbolos mais conhecidos da justiça, o “malhete”.

Os tempos, porém, estão mudando. Como na obra cinematográfica “2001: Uma Odisseia no Espaço”, de Stanley Kubrick, lançada no longínquo ano de 1968, talvez um dia desapareça o juiz humano e os julgamentos passem a ser feitos por uma inteligência artificial como a HAL 9000, capaz de ouvir, falar, raciocinar, sentir e – será? – decidir o destino de vidas humanas no âmbito da justiça criminal.

Metáforas de ficção científica à parte, a questão da utilização da inteligência artificial (IA) na justiça criminal, particularmente na sentença criminal, demanda maior atenção. Trata-se de tema atual e complexo. É preciso ter clareza sobre as possibilidades do uso de algoritmos em processos criminais e seus limites éticos. Ainda há muitas dúvidas e incompreensão. Com grande dose de exagero, chega-se a defender a inteira substituição de juízes (humanos) por computadores.

O problema de pesquisa a ser enfrentado no presente estudo é o seguinte: a utilização da inteligência artificial na sentença criminal é compatível com a natureza humana da tarefa de julgar?

Para tentar responder tal indagação, o artigo traçará inicialmente uma breve retrospectiva histórica da evolução da tecnologia, culminando com a chamada “quar-

ta Revolução Industrial” e o desenvolvimento da IA. As transformações sofridas pelo Estado e pela justiça em decorrência das novas tecnologias serão exploradas sinteticamente na parte inicial do estudo, contextualizando a utilização de ferramentas de IA no âmbito do Poder Judiciário brasileiro na atualidade.

Após, o artigo explorará algumas possibilidades de uso de algoritmos de computador na sentença criminal, procurando dissipar algumas dúvidas comuns em um momento histórico no qual ainda há muita incerteza em torno do tema da inteligência artificial. As maiores preocupações envolvem uma eventual superação da inteligência humana pelas máquinas e a questão sobre saber se as máquinas tomarão decisões tradicionalmente atribuídas a humanos.

Posteriormente, o estudo irá enfrentar as principais questões éticas levantadas pela possibilidade de utilização de algoritmos na sentença criminal, destacando-se problemas relacionados à justiça (*fairness*), responsabilidade (*accountability*) e transparência. Embora tais questões estejam de certo modo igualmente presentes no julgamento humano, o foco desta parte do artigo será examinar criticamente os problemas da discriminação e da opacidade algorítmicas.

Por fim, será discutida a natureza humana da tarefa de julgar, apresentando-se uma visão abrangente da complexidade da sentença criminal – entendida como processo social e humano e atividade interpretativa – e da aplicação de pena.

2 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DA JUSTIÇA

O avanço tecnológico do mundo em tempos de *big data*, aprendizado de máquina, “Internet das Coisas” e IA tem sido notável nas últimas décadas. A história das revoluções tecnológicas, no entanto, é mais antiga, havendo referência a, no mínimo, quatro grandes “revoluções industriais” registradas em um intervalo histórico de pouco menos de quatrocentos anos (Schwab, 2016, pp. 15-17).

A primeira Revolução Industrial, muitas vezes referida apenas como “Revolução Industrial”, ocorrida por volta de 1760 a 1840, caracterizou-se sobretudo pela transição de processos de produção manual para sistemas fabris mecanizados. A utilização da água e do vapor como propulsores de motores e máquinas de uso industrial permitiu um enorme salto produtivo. Já a segunda Revolução Industrial, da segunda metade do século XIX, entre 1850 e 1870, até o final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), foi basicamente uma revolução elétrica, que significou o fim da dependência do carvão como fonte energética, permitindo novo salto de produtividade para a indústria.

A terceira Revolução Industrial, iniciada no período pós-Segunda Guerra Mundial, teve a marca da criação de equipamentos eletrônicos usados para aumentar

ainda mais a produção, pelo desenvolvimento de transistores e processadores e pela invenção dos computadores. Ficou conhecida, portanto, como revolução da automação ou “revolução digital” (Schwab, 2016, p. 16). Vivemos hoje uma quarta Revolução Industrial, da chamada “Indústria 4.0”, da “Internet das coisas” (*Internet of Things* ou IoT), da IA, da robótica e da computação em nuvem. Na “era digital”, superamos o mundo analógico de décadas atrás e passamos a viver rodeados por computadores e outros dispositivos eletrônicos de arquitetura e capacidade de processamento inversamente proporcionais, ou seja, cada vez menores e mais poderosos.

Tantas e tamanhas revoluções tecnológicas não poderiam ocorrer sem transformações correspondentes e igualmente profundas na sociedade e no Estado. Do ponto de vista das relações de poder, o mundo digital experimenta uma inédita forma de governança, concentrada em poucas corporações (as *Big Techs*), detentoras de uma enorme quantidade de informações (*big data*) de usuários da internet em todo o mundo. Dados adquiridos através de constante vigilância ou patrulhamento cibernético, sobretudo em redes sociais, são transformados na matéria-prima da economia digital, portanto monetizados, gerando o chamado “capitalismo de vigilância” (Zuboff, 2020, p. 18).

Toda a experiência humana, antes analógica, transforma-se no mundo hiperconectado da inteligência artificial e dos onipresentes (oniscientes e onipotentes?) algoritmos. Há quem defenda que a “digitalização da vida” esteja mudando a própria existência humana. Para o filósofo da tecnologia Éric Sadin, estaríamos concedendo às máquinas uma delegação tácita para que elas, do alto de sua sabedoria, decidam sobre a evolução do mundo. Viveríamos, assim, um momento histórico em que nossa condição passaria de humana a híbrida, pois inteligência humana e artificial se combinariam irreversivelmente, gerando uma “humanidade aumentada” (Sadin, 2022, p. 154).

Mesmo sem a pretensão de qualquer análise sociológica e antropológica, o fato é que a sociedade mudou na “era digital”. No plano político-jurídico, grandes transformações também estão em pleno curso. Na realidade, o próprio Estado, como instituição histórica, sempre esteve em constante mudança. Jose Luis Bolzan de Moraes descreve a dinâmica do Estado – termo preferível à “evolução” – e suas transformações a partir das questões que o confrontaram (e ainda o confrontam) em sua trajetória. Primeiro, a questão individual, ou seja, a proteção do indivíduo contra o Estado, que marcou o século XVIII, na transição do absolutismo monárquico para o Estado Liberal. Depois, com o avanço do capitalismo e suas mazelas, adveio a questão social e em resposta a ela a instituição estatal assumiu a forma de Estado Social, com a incorporação de direitos sociais, sobretudo relacionados à saúde e ao trabalho. Posteriormente, já na metade do século XX, a questão ambiental desafiou a ideia de territorialidade do Estado, esfacelando fronteiras políticas e enfraquecendo a própria estatalidade mo-

terna. Novos arranjos globais precisaram ser implementados, mitigando-se a noção de soberania em prol de maior solidariedade e ação estatal cooperativa. Por fim, o advento da cibernética, a expansão e massificação dos microcomputadores e o desenvolvimento privado da internet colocaram o Estado diante de uma questão digital, que também desafia fronteiras e escancara a pequenez da instituição estatal para lidar com uma realidade progressivamente complexa (Bolzan de Moraes, 2011, pp. 25-81).

A “era digital”, portanto, vem produzindo enorme impacto sobre o próprio Estado. Provavelmente o maior desafio envolva a regulação da vida digital, que confronta a heterorregulação estatal tradicional com novas formas de autorregulação, às vezes referidas como “autorregulação regulada” (Abboud; Campos, 2020, p. 121). Em outra perspectiva, percebe-se, no cotidiano do Estado e de suas instituições, um forte processo de virtualização ou digitalização, que é também efeito do avanço irrefreável das novas tecnologias. No limitado espaço disponível ao presente estudo, portanto, nosso interesse maior será pela incorporação de novidades tecnológicas como a IA pelo Poder Judiciário, particularmente no âmbito da Justiça Criminal.

No que se refere ao uso de novas tecnologias pelo sistema de justiça brasileiro, é legítimo perguntar *onde estamos*. A digitalização de processos é uma realidade, havendo uma multiplicidade de sistemas de peticionamento eletrônico à disposição de advogados, membros do Ministério Público e juízes, tais como o PJe, o Eproc e o PROJUD, p. ex. Com relação à IA, existem alguns sistemas em produção e até em operação em diversos tribunais (Salomão, 2022, p. 8). No Supremo Tribunal Federal (STF), p. ex., a RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030) é um algoritmo de *machine learning* cujo objetivo é classificar processos por objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. O STF também desenvolve o sistema inteligente VICTOR, que apoia a análise de admissibilidade recursal por meio da indicação de temas de repercussão geral, sendo uma IA baseada em aprendizado de máquina e linguagem natural (texto). No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ATHOS faz a identificação de temas repetitivos, a triangulação de jurisprudência e a busca de feitos similares. O STJ também conta com robô para a identificação de fundamentos de inadmissão de Recurso Especial (REsp) e para a indexação de peças processuais em processos originários. Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) possui o sistema Bem-Te-Vi, uma inteligência artificial que auxilia gabinetes na triagem de processos. Ferramentas computacionais inteligentes similares encontram-se em desenvolvimento/produção em outros tribunais, como no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) (ALEI – Análise Legal Inteligente) e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) (AMON, TOTH, SAREF, ARTIU e Hórus).

Ferramentas de IA já fazem parte da realidade das atividades desempenhadas pelo Poder Judiciário brasileiro. Elas auxiliam juízes, na maioria das vezes, em tarefas simples como a realização de triagem de processos, a classificação de feitos

de acordo com determinados critérios e a identificação de temas comuns a petições apresentadas pelas partes litigantes. Esse é o estado da técnica atual tal como descrito na literatura especializada (Tauk; Salomão, 2023, p. 14). Há, todavia, um enorme potencial a explorar no desenvolvimento de soluções computacionais de auxílio à tomada de decisões. Assim, precisamos questionar não apenas onde estamos, mas *para onde podemos (e queremos) ir*. A resposta não é simples.

3 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A SENTENÇA CRIMINAL EM UMA “ERA DA INCERTEZA”

A IA é o maior produto da atual revolução tecnológica, havendo aplicações práticas presentes em quase todas nossas atividades cotidianas. Há inteligência artificial em assistentes virtuais como Siri e Alexa, disponíveis em aparelhos televisores e outros dispositivos eletrônicos, inclusive em automóveis; em *softwares* de rotas como Google Maps e Waze, utilizados atualmente por qualquer motorista de aplicativo (p. ex., Uber); em mecanismos de buscas na internet cada vez mais poderosos, como o Google; em plataformas de *streaming* como Netflix, Deezer e Spotify, nas quais o catálogo de produtos nos é apresentado de acordo com nossos gostos e preferências; em serviços de reconhecimento facial mais complexos, existentes em aeroportos, mas também simples, como o *Apple Face ID*, utilizado para desbloqueio de tela em celulares iPhone; em serviços *online* de tradução, como o *Google Translate*, cujo índice de precisão passa de 90% em traduções entre inglês e espanhol (Taira, *et al*, 2021, p. 3363); em *chatbots*, como o ChatGPT, capazes de processar linguagem natural e produzir textos que parecem feitos por pessoas reais; e, é claro, em redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter, onde o oferecimento de produtos e serviços pagos atende exatamente os perfis digitais dos consumidores (*microtargeting*).

Por estar espalhada em praticamente todos os campos da vida digital, é compreensível a grande dimensão do *hype*, inclusive acadêmico, que envolve a inteligência artificial. Em uma rápida pesquisa no *Google Scholar*, utilizando os termos em inglês “*artificial intelligence*”, retornam 5.740.000 resultados, dentre livros e artigos científicos de áreas diversas. Na loja virtual brasileira da Amazon, se alguém digitar na barra de pesquisa as palavras “inteligência artificial” e “direito”, encontrará quase 1.000 livros publicados em português. A relevância e atualidade do tema, portanto, são indiscutíveis.

Apesar da relativa novidade da IA, cujos primórdios remontam à década de 1950 (Boden, 2020, p. 166), a relação entre homem e técnica/tecnologia, ou seja, a interação homem-máquina, é objeto de estudo há muito tempo. Em um mundo em crescente processo de tecnização, as perspectivas a adotar já foram descritas como

antagônicas, pessimistas e otimistas (Pimentel; Bolzan de Moraes; Saldanha, 2021, p. 8). O confronto de tais perspectivas resulta em algumas questões fundamentais para discussão, como o problema do “determinismo” tecnológico: quem toma decisões, o homem (programador) ou a máquina (algoritmo)?

Na linha pessimista, ainda na era pré-digital, Oswald Spengler escreveu, em 1932, o livro “O Homem e a Técnica”, mostrando uma visão negativa sobre o futuro da humanidade. O homem viraria escravo de sua própria criação (a máquina) e, em última análise, a técnica destruiria a própria civilização, no estágio em que a conhecemos. Em um desfecho quase apocalíptico, “(...) apenas sonhadores acreditam haver uma saída. Otimismo é covardice” (Spengler, 1932, p. 104).

Já na era digital, Jacques Ellul também manifestava, em 1950, uma expectativa apocalíptica sobre os riscos de dominação do homem pela técnica. Perderíamos o poder de decisão diante da máquina. Para Ellul, a característica mais assustadora da tecnologia moderna é sua autonomia. O homem participa cada vez menos da criação da técnica, sendo reduzido ao nível de mero catalisador, assemelhando-se a “uma bala inserida em uma máquina caça-níqueis: ele inicia a operação sem participar dela” (Ellul, 1964, p. 135).

Herbert Marcuse foi outro pensador que observou a submissão do homem à máquina. Para ele, deveríamos nos preocupar com o desenvolvimento desenfreado da tecnologia, com os perigos da “racionalidade tecnológica” (Marcuse, 2015, p. 153) e com a desvalorização da razão em favor da técnica.

Recentemente, uma visão mais otimista da relação do homem com as novas tecnologias passou a ser divulgada por Pierre Lévy. A enorme expansão da internet e a ubiquidade da informação no mundo algorítmico facilitam a ampliação de uma inteligência humana coletiva. Além disso, máquinas jamais substituirão homens. O protagonismo jamais caberá ao computador, pois quem decide é – e sempre será – o homem. “As técnicas não determinam nada” (Lévy, 2010, p. 188). É falsa a imagem de uma “tecnociência autônoma, separada, fatal, todo-poderosa, causadora do mal ou instrumento privilegiado do progresso” (Lévy, 2010, p. 198). A inteligência artificial deve estar a serviço da inteligência humana.

Pessimistas e otimistas, cada um à sua maneira, podem ter legítimas justificativas para suas expectativas com relação ao uso de novas tecnologias pelo homem, especialmente a IA. Não há, nesse particular, certo ou errado. O maior equívoco é pensar a relação homem-máquina como uma luta feroz entre humanos e robôs e, imbuído de extremo pessimismo, vislumbrar um futuro distópico, no qual homens terão sido derrotados e subjugados pelas máquinas. Outro erro é enxergar o mundo algorítmico da IA com lentes ingenuamente otimistas, acreditando na utopia da neutralidade tecnológica e ignorando a força do “tecnopoder” (Pimentel; Bolzan de Moraes; Saldanha, 2021, p. 8).

Fora destes dois extremos, o importante é buscarmos maior clareza sobre as possibilidades trazidas pela IA e os limites que devem ser a ela impostos. Questões importantes e que causam alguma incompreensão, como, p. ex., saber se a inteligência artificial é verdadeiramente inteligente, e se as máquinas decidem ou apenas executam, devem ser enfrentadas e minimamente respondidas.

Sobre a “inteligência” da inteligência artificial, em meio a todo o “modismo” existente em torno do tema, a preocupação subjacente é a de que a inteligência humana será, cedo ou tarde, superada pelos computadores. Há, entretanto, uma enorme dose de deslumbramento, até romantização, em torno de tal previsão. Quando, em 1997, o supercomputador *Deep Blue*, criado pela *International Business Machines Corporation* (IBM), finalmente derrotou o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov, em uma revanche da derrota sofrida no ano anterior, reverenciou-se a formidável capacidade da máquina, como se, a partir daquele momento histórico, finalmente a IA estivesse a suplantar a humana. Na realidade, o que há de notável neste episódio não é a capacidade da máquina, mas o brilhante intelecto e cérebro fantástico de Kasparov. Afinal, estima-se que o *Deep Blue* podia analisar 100 milhões de jogadas por segundo no *match* de 1996, e mesmo assim quem venceu foi o enxadrista soviético. A IBM precisou melhorar seu computador, aumentando sua capacidade para 200 a 250 milhões de jogadas por segundo em 1997, para, enfim, derrotar Kasparov em uma revanche.

A pergunta sobre se a IA é verdadeiramente inteligente é bastante complexa e controversa (Boden, 2020, p. 165; Santaella, 2023, pp. 20-22) e qualquer resposta a ela extrapolaria os limites do presente estudo. De toda maneira, querelas à parte, não se pode negar que o ser humano é especialmente dotado de capacidades como intuição, criatividade, sensibilidade, sentimentos e emoções, e que tais atributos não são extensíveis às máquinas. A inteligência humana engloba um vasto feixe de capacidades cognitivas e emocionais, que computadores poderão, no máximo, tentar identificar e simular. Portanto, sobre a preocupação acerca da possibilidade de as máquinas superarem, eventualmente, a inteligência dos homens, preferimos estar na companhia dos estudiosos que entendem errada “(...) a ideia de que um sistema, seja ele o que for – digamos, um cérebro humano –, pode criar algo mais complexo do que si mesmo” (Nicoletis, 2020, p. 139).

Além disso, para nós também parece claro que as máquinas não criam nada e igualmente nada decidem. Elas são programadas para executarem tarefas, mais rápido e de modo mais eficaz do que humanos, é verdade. O poder decisório permanece em mãos humanas, como sempre defendeu Pierre Lévy. Não há disputa entre homem e máquina acerca do protagonismo decisório. O futuro distópico imaginado por alguns pessimistas já foi interpretado com precisão: “O receio de uma dominação da humanidade pelos robôs talvez resida no subconsciente sapiens” (Pimentel; Bolzan de Moraes; Saldanha, 2021, p. 18). Não há razão para temermos um determinismo tecnológico.

Não obstante esses esclarecimentos, a verdade é que pouco sabemos sobre o potencial de algoritmos, sobretudo os de *machine learning*, na vida ordinária e na justiça criminal. Vivemos, nesse sentido, uma “era da incerteza” (Kenneth, 1998), caracterizada por um desenvolvimento tão assombroso da tecnologia a ponto de não termos sequer condições de prever/entender as possibilidades e os limites da utilização da inteligência artificial. Nas palavras de Lee (2019, pp. 10-11),

“(...) quando se trata de entender nosso futuro com a IA, somos todos crianças no jardim de infância. Estamos cheios de perguntas sem respostas, tentando prescrutar o futuro com uma mistura de admiração infantil e preocupações adultas”.

É possível que nem mesmo os próprios pesquisadores e desenvolvedores de sistemas de inteligência artificial tenham condições de prever o que os mais avançados programas computadorizados serão capazes de fazer em poucos anos.

Em tal cenário de incerteza, é razoável pensar que computadores serão capazes de elaborar as sentenças criminais, inclusive aplicar penas, decidindo qual a melhor punição para cada réu. Desde que venham a ser corretamente programadas e recebam, em cada caso concreto, o *input* dos dados do processo, as máquinas terão a aptidão tecnológica para valorar o conjunto de provas, identificar se o caso comporta uma decisão de absolvição ou de condenação e, nesse último caso, escolher a pena mais adequada, em termos qualitativos e quantitativos. Tal pode ocorrer, basicamente, através de duas maneiras distintas: por meio de um sistema especialista (*expert system*) programado “manualmente”, que, a partir das regras estabelecidas no Código Penal, ensine a máquina a aplicar penas; ou por aprendizado de máquina (*machine learning*), método que não ensina diretamente o computador a aplicar penas, mas que o ensina a aprender a aplicar penas (Kaufman, 2020, p. 67628). Nesse caso, o sistema seria construído para receber determinados dados de entrada (*inputs*) e, aplicando modelos estatísticos, fazer previsões de resultados (*outputs*), p. ex., a pena mais adequada para um determinado caso.

Como em outras aplicações, o potencial de utilização de algoritmos de computador na sentença criminal é virtualmente ilimitado. A evolução tecnológica oferece à justiça criminal o uso de máquinas como ferramentas de otimização do trabalho de advogados, policiais, membros do Ministério Público e juízes, do mesmo modo que, um dia, calculadoras científicas Hewlett-Packard facilitaram as atividades de grande número de profissionais, como engenheiros, matemáticos e contadores. A questão, enfim, não é de capacidade tecnológica, pois ela é enorme; o ponto crucial para reflexão, ética e filosófica, é termos clareza sobre o que efetivamente queremos que a inteligência artificial faça em nosso favor.

4 OS JUÍZES SERÃO SUBSTITUÍDOS POR MÁQUINAS?

Parece ser dado como certo que, de alguma forma, a inteligência artificial será incorporada pela justiça criminal, inclusive na fase da sentença. Embora ainda estejamos, no Brasil, longe de tal realidade, não é desarrazoado imaginar uma sentença criminal computadorizada, isto é, decidida algoritmicamente, com reduzida (ou nenhuma) participação de um juiz humano. Na literatura especializada, têm sido propostas duas diferentes abordagens para tal questão: para uma primeira, as máquinas deveriam substituir completamente os juízes na tarefa de sentenciar e aplicar penas; já uma segunda abordagem defende que a inteligência artificial apenas auxilie a decisão judicial, estabelecendo uma espécie de divisão de tarefas entre computador e juiz (Schwartz; Roberts, 2022, pp. 225-226). Uma terceira abordagem, radicalmente contrária ao chamado “juiz-robô”, é extremamente rara (Greco, 2020, pp. 65-66).

As principais objeções feitas contra o uso da IA na sentença criminal envolvem questões éticas que podem ser didaticamente agrupadas em torno de três expressões: justiça (*fairness*), responsabilidade (*accountability*) e transparência (Chiao, 2019, p. 126).

Problemas relacionados ao conceito anglo-saxão de *fairness* surgem quando algoritmos utilizados em processos criminais têm efeito discriminatório sobre determinados indivíduos ou grupos de indivíduos. Com efeito, já foi comprovado que algoritmos podem ter vieses (*biases*) implícitos, minando a desejada igualdade de tratamento na justiça criminal. O mais conhecido exemplo envolve o *software* conhecido como COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), desenvolvido em 1998 pela empresa norte-americana *Equivant* (antiga *Northpointe*) e largamente utilizado pelas jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América (EUA). O COMPAS é uma ferramenta computacional de análise de risco de reincidência utilizado para prever, a partir de *machine learning* e de modelos estatísticos, futuro comportamento criminoso, calculando o *score* de risco de indivíduos. A grande crítica dirigida ao uso de dados atuariais, de nível populacional, como *input* nas sentenças judiciais é que o algoritmo exacerbaria disparidades raciais e socioeconômicas existentes na sociedade em geral e particularmente no sistema prisional (Donohue, 2019, p. 663).

Construir a programação de um “algoritmo ético” (Kearns; Roth, 2020, p. 4) é tarefa que irá requerer grande esforço para a identificação de modelos que minimizem as injustiças. *Softwares* desenvolvidos por programadores (humanos) enviesados fatalmente serão enviesados. Algoritmos treinados a partir de dados enviesados fatalmente produzirão resultados discriminatórios. Maior diversidade humana (étnica, geográfica, socioeconômica, dentre outras) será necessária no desenvolvimento dos códigos de programação e nos conjuntos de dados de treinamento das máquinas.

Mais ainda: cientistas da computação, profissionais do Direito, filósofos e especialistas em ética precisarão participar da construção de algoritmos em um futuro próximo, senão imediatamente.

Afora a questão da *fairness*, problemas relativos à responsabilidade (*accountability*) pelo uso da IA tenderiam a se agudizar em processos privados de tomada de decisão, mas não na justiça criminal, onde, pelo menos em princípio, sempre haverá juízes humanos responsáveis pela tomada de decisão. Não obstante, há quem negue a possibilidade (jurídica) do juiz-robô justamente por significar “poder de julgar sem responsabilidade de julgador” (Greco, 2020, p. 47). Trata-se de uma questão importante no plano abstrato, concretamente, porém, nos parece pouco provável que um dia tenhamos máquinas julgando de modo inteiramente autônomo, sem que estejam submetidas a alguma instância humana, esta última a responsável, afinal. De todo modo, já foi suscitada a possibilidade de estabelecimento de um organismo regulatório especializado, com *expertise* técnica para assegurar a confiabilidade dos instrumentos algorítmicos (Chiao, 2019, p. 135).

Mais graves são os problemas oriundos da falta de transparência dos algoritmos. A questão da transparência envolve uma preocupação importante sobre os riscos que a introdução ou a ampliação do uso de algoritmos na sentença criminal podem trazer à escrutabilidade do processo de tomada de decisões computadorizado (Ryberg, 2022, p. 13). Nesse sentido, a “opacidade algorítmica” (Ryberg, 2022, p. 13) é uma séria ameaça potencial.

Duas observações são cruciais para que a questão ética da transparência algorítmica possa ser corretamente compreendida. Primeiro, é preciso ter em mente que o nível de transparência dos algoritmos depende essencialmente do tipo de IA utilizado. Algoritmos “manualmente” programados (sistemas especialistas), que seguem uma lógica de fluxograma simples (‘se... então’), são bastante simples de entender, portanto, transparentes. Já algoritmos baseados em aprendizagem de máquina, sobretudo *deep learning*, costumam ser opacos, especialmente porque nem sempre é fácil compreender os mecanismos internos que levam a determinados resultados (decisões) (Van Wingerden; Plesničar, 2022, p. 242).

Segundo, a transparência algorítmica geralmente é uma função de dois fatores: acesso e complexidade (Thomsen, 2022, p. 261). O acesso/disponibilização do código-fonte do algoritmo costuma ser apontado como elemento indispensável à transparência. No estágio atual, alguns programas computacionais utilizados pelo Poder Judiciário de diversos países gozam do privilégio de sigilo assegurado pela propriedade intelectual, não havendo qualquer obrigação legal por parte de seus desenvolvedores/proprietários de disponibilizar seus códigos-fonte (Ryberg, 2022, pp. 14-16; McKay, 2019, p. 11). No Brasil, a proteção legal do *software* decorre das Leis nºs 9.609/98 e 9.610/98. A licença do programa pode optar por manter o código de programação “fe-

chado” (secreto), o que é mais usual, ou “aberto” (*open source*). Algoritmos privados e fechados podem ser verdadeiras caixas-pretas (McKay, 2019, p. 11). Nos EUA, a falta de transparência do COMPAS, causada pela proteção legal do direito à propriedade, foi o argumento de natureza constitucional suscitado no caso *State v. Loomis* perante a Suprema Corte de Wisconsin. O tribunal, entretanto, decidiu que o uso de algoritmos de previsão de risco por juízes não viola direitos fundamentais dos réus.

Apesar de delicado, o problema da ausência de publicidade poderia receber uma solução teoricamente simples: a retirada do sigilo comercial de algoritmos empregados na esfera do Poder Judiciário e de outras instâncias públicas decisórias, assim abrindo toda sua operação para o controle público. Outra possibilidade seria os órgãos integrantes do Poder Judiciário contratarem apenas *softwares* de código aberto para utilização na atividade-fim (decisória) dos juízes, como já aconteceu com o desempenho de atividades-meio, facilitado por programas como o sistema operacional Linux e os processadores de texto LibreOffice/OpenOffice.

Além disso, já se observou que, quanto maior a complexidade da programação do algoritmo, p. ex., no caso de *machine learning*, menores serão as possibilidades de que o público em geral, e até mesmo alguns *experts*, consigam compreender seu funcionamento interno (Thomsen, 2022, p. 261). Vale dizer, o processo que leva um algoritmo a extrair suas previsões a partir dos dados a ele fornecidos (*input data*), ou, dito de outra maneira, as correlações entre *inputs* e *outputs* feitas pelo programa, podem ser extremamente difíceis de interpretar (Chiao, 2022, p. 34). O fator complexidade, também conhecido como inteligibilidade, surge como sério desafio ainda que adotemos como parâmetro o conhecimento de *experts*. Como afirmou, certa vez, um especialista no tema da IA:

“Nós construímos sistemas automatizados que não conseguimos entender completamente, que são muito mais rápidos e poderosos que a mente humana, e que são treinados a partir de conjuntos de dados muito grandes para nossa compreensão” (Walmsley, 2020, p. 586).

Justiça (*fairness*), responsabilidade (*accountability*) e transparência, portanto, são conceitos-chave que resumem algumas das principais objeções dirigidas à utilização da inteligência artificial na justiça criminal, especialmente na sentença judicial. Mas afinal, juízes humanos serão substituídos por máquinas? Há limites para o uso de algoritmos na sentença criminal, e quais são eles?

Há uma importante questão a ser discutida sobre os parâmetros éticos de *fairness* (justiça), responsabilidade e transparência algorítmica: não raras vezes, eles se colocarão em rota de colisão com um dos objetivos da própria utilização da inteligência artificial na sentença criminal: a pretensão de maior precisão (Ryberg; Petersen, 2022, p. 60). No caso de algoritmos preditivos de risco (de reincidência), como o COMPAS

norte-americano, é autoevidente que o objetivo é obter maior acurácia nas previsões. Por outro lado, no caso de *softwares* que façam recomendação de pena, pode ser mais difícil estabelecer que o algoritmo “acertou” a pena mais adequada. Em sistemas de aplicação de pena discricionários como o brasileiro, sequer existem penas “corretas”. Não obstante, a precisão dos resultados (*outcomes*) de algoritmos sempre dependerá da calibragem da *fairness* e da transparência, especialmente desta última: teoricamente falando, quanto mais transparente for a programação, p. ex., quando for reduzida sua complexidade para melhor compreensão dos usuários, menos precisos serão seus *outputs*. Há, portanto, um *trade-off* claro entre precisão (acurácia) e considerações éticas na utilização de algoritmos.

Será que estaríamos diante de uma situação que poderia receber algum tipo de solução intermediária? Existiria um ponto ótimo entre os valores da precisão e da ética algorítmica? Nossa posição é a de que exigências éticas são urgentes e inegociáveis, e, portanto, a perda de precisão dos algoritmos é uma consequência inevitável, comprometendo-se a própria finalidade da utilização da inteligência artificial na justiça criminal. Esse é um paradoxo de difícil superação.

5 A TAREFA DE JULGAR É ESSENCIALMENTE HUMANA?

A sentença criminal não pode ser conceituada, de maneira reducionista, como a decisão formal de um caso concreto. Ao contrário, a sentença é um processo social, resultante de expectativas sociais, fatores culturais e, obviamente, da interação (humana) entre os atores processuais (Tata, 2020). É insuficiente examinar a sentença sob um prisma exclusivamente técnico, pois ela é muito mais complexa, expressando significados e sentimentos sociais (p. ex.: o que é crime? o que é punição?) e comunicando mensagens importantes ao réu, à vítima e à coletividade em geral. Também há uma pouco comentada função democrática da sentença, já que ela permite ao público em geral discutir questões fundamentais sobre a legitimidade do uso estatal da violência e da punição.

A sentença criminal também é um processo humano, por, no mínimo, duas razões. Primeiro, porque ela é o resultado das sucessivas interações entre as diversas partes e sujeitos processuais (acusação, defesa, juiz, réu, testemunhas etc.). Ainda que se queira conceber a sentença como ato unilateral de vontade do juiz e materialização do poder do Estado-juiz, há que se reconhecer a influência da atuação desses múltiplos atores na formação da convicção judicial. Segundo, é inegável que a pena possui uma função comunicativa/expressiva (Teixeira, 2015, p. 65; Guimarães Neto, 2020, p. 79), transmitindo, a um só tempo, um juízo de censura moral pelo comportamento criminoso ao agente, um certo reconforto à vítima em razão da punição e, ain-

da, uma mensagem de reafirmação da ordem jurídica e de desestímulo à prática de novos crimes por toda a coletividade. Estes são sinais claros de que a tarefa de julgar é essencialmente humana. A IA não seria capaz de exercer tal papel.

Evidentemente, reconhecer que a sentença criminal é uma tarefa humana implica aceitar uma característica inerente de todo processo de tomada de decisão, inclusive no âmbito da justiça criminal: a discricionariedade. Ao redor do mundo, entretanto, esforços têm sido feitos para reduzir ou limitar a discricionariedade judicial na sentença criminal, com o objetivo de promover maior consistência (previsibilidade) na aplicação das penas e evitar ou, no mínimo, mitigar alguns dos efeitos indesejados da discricionariedade, sobretudo as disparidades ilegítimas, que violam a igualdade consubstanciada no princípio de que casos iguais devem receber penas semelhantes, e a discriminação, que mina a própria noção de justiça (Campos, 2021, p. 33).

O certo é que a sentença criminal não pode ser encarada como o resultado de um processo de tomada da decisão mecânico e artificial. A aplicação da pena não se resume a uma operação aritmética simples por meio da qual o juiz seria capaz de identificar a presença (ou ausência) de determinados fatores, normalmente definidos em lei, sopesá-los e calcular o melhor resultado possível em termos de punição. É uma ilusão imaginar que a sentença é um produto perfeitamente lógico da racionalidade. Ela é uma atividade essencialmente humana, portanto imperfeita.

A aplicação da pena é, de igual modo, uma tarefa interpretativa. O juiz não deve analisar, de modo isolado e mecânico, cada uma das circunstâncias do caso concreto que influenciam na individualização da pena. Ao contrário, ele deve olhar de forma mais ampla para o contexto geral do caso.

Por exemplo, mesmo diante de um réu que apresente antecedentes criminais, o que, pela lei, acarretaria a exasperação automática da pena, o juiz poderá valorar a relevância, a antiguidade e o tempo transcorrido entre as condenações criminais pretéritas, e assim, em algumas situações, deixar de agravar a sanção. Em outras palavras, a vida criminal pretérita precisa ser interpretada pelo juiz, atribuindo-se a ela o peso mais apropriado diante das circunstâncias do caso e do agente.

Assim, paralelamente à previsão geral e abstrata, na lei, dos fatores relevantes de aplicação de pena, é na operacionalização de tais circunstâncias em cada caso concreto que cada fator se torna “inevitavelmente instável e inescapavelmente contingente” (Tata, 2020). Por mais que os antecedentes criminais de um réu pudessem ser reduzidos a uma fórmula computacional mecânica, a inteligência artificial conseguiria apenas classificá-los de forma crua (p. ex., antecedentes “bons”, “maus” ou “péssimos”). Julgamentos qualitativos humanos continuariam imprescindíveis (Schwartz; Roberts, 2022, p. 212). A interpretação pode ser necessária, muitas vezes, para que a sentença faça a justiça do caso concreto.

Apenas juízes humanos gozam de uma característica essencial para que a capacidade de interpretação possa ser exercitada: sensibilidade. Trata-se de um atributo relacional, e não absoluto, isto é, a sensibilidade, além de ser uma característica fundamentalmente humana, sempre é estabelecida em relações intersubjetivas. É no contato humano, no caso entre juiz e réu, que pode ser desenvolvida uma relação empática, importante para a correta aplicação da pena.

Um exemplo singelo pode auxiliar a esclarecer esse ponto. Se um réu, além de admitir a prática do crime, também se mostrar genuinamente arrependido, poderá o juiz diminuir a sanção não apenas em virtude da confissão, mas por considerar já haver o acusado iniciado um processo individual de reabilitação, justificando-se uma punição menor.

Embora controverso, o tema do remorso na aplicação da pena é relevante e tem ocupado as atenções de especialistas (Proeve; Tudor, 2010, p. 115; Smith, 2014, p. 94). O que nos interessa perceber é que o remorso é um legítimo sentimento humano que, uma vez manifestado durante o processo por alguém acusado de praticar crimes, só pode ser corretamente avaliado por um juiz sensível e empático, portanto humano. Empatia e compaixão são valores humanos que os algoritmos não conseguem capturar (Van Wingerden; Plesničar, 2022, p. 238).

Resumindo: a tarefa de aplicar penas, assim como a própria razão humana, não é puramente lógica e mecânica. A sentença criminal pode ser compreendida como um processo social e humano. Ela envolve expectativas e significados sociais, fatores culturais, interações intersubjetivas, interpretação, sentimentos e valores humanos. Ademais, por veicular uma punição, a sentença possui um forte elemento moral. A inteligência artificial, em seu estágio atual de desenvolvimento, não é capaz de englobar toda essa complexidade. Provavelmente, jamais será capaz de fazê-lo. Juízes não devem ser substituídos por máquinas. Modelos estatísticos, soluções computacionais e algoritmos de IA deverão ser empregados como ferramentas auxiliares e desprovidas de autonomia decisional; elas podem, sem dúvidas, ser úteis à sentença criminal, desde que desenvolvidas a partir de parâmetros éticos e sujeitas à supervisão humana. A última palavra deverá ser sempre de um juiz.

6 CONCLUSÃO

David, o menino-robô do filme “Inteligência Artificial” (2001), da dupla Stanley Kubrick e Steven Spielberg, representa com perfeição o ideário da tecnologia que predominou durante muitas décadas. Espécie de “Pinóquio 4.0”, o personagem robótico interpretado por Haley Joel Osment parecia-se em tudo com um ser humano, inclusive na capacidade de sentir amor.

No mundo real, até pouco tempo atrás considerávamos, de modo romântico e até ingênuo, que IA seria sinônimo de robôs humanoides. O que mudou é que, hoje, a IA não pretende mais se parecer fisicamente com humanos, embora continue procurando emular capacidades fundamentais à espécie humana, sobretudo a de raciocinar.

A etapa atual da revolução tecnológica não é mais marcada, portanto, por robôs andróides como em outra famosa película de ficção científica, “Blade Runner” (1982), mas por ferramentas de inteligência artificial tornadas onipresentes. Precisamos aprender a conviver com elas.

O profundo impacto de tecnologias como a IA nos faz refletir sobre a possibilidade de uma “justiça algorítmica” e suas limitações éticas. A eventualidade de juízes humanos serem substituídos por máquinas (computadores) é, para dizer o mínimo, inquietante. Atualmente, parece predominar uma visão otimista sobre o uso da IA na sentença criminal. Argumenta-se com uma suposta vantagem comparativa dos algoritmos em relação a juízes humanos em aspectos do processo decisório como precisão, consistência e previsibilidade. Em suma, sentenças criminais computadorizadas produziriam julgamentos mais objetivos (e técnicos?), como se a eliminação da subjetividade fosse o desiderato maior de tarefas judiciais tradicionais como a aplicação de penas. Não o é.

Em tempos de grande deslumbramento com o potencial quase ilimitado da inteligência artificial, ousamos defender uma visão humanista sobre a utilização de algoritmos na sentença criminal. Decidir um caso criminal e aplicar a pena mais adequada a um réu culpado é uma tarefa altamente complexa. Não se trata apenas de receber informações sobre o delito praticado e o agente criminoso, processá-las e calcular a sanção mais apropriada. A justiça do caso concreto exige interpretação. Tornar a sentença criminal puramente mecânica, ou até mesmo automatizada por algoritmos, é retirar da decisão judicial seu elemento essencialmente humano.

Não há dúvida sobre o potencial tecnológico à disposição da justiça criminal. Se devidamente desenvolvidos, algoritmos por certo conseguiriam aprender a aplicar penas, provavelmente de modo mais consistente que juízes (humanos). Questões éticas da inteligência artificial, embora complexas, também poderiam ser resolvidas. A questão, no fundo, é o que efetivamente queremos fazer com os algoritmos: usá-los ou não, e em que medida queremos usá-los. Essa será sempre uma decisão humana.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBoud, Georges; NERY Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake news e regulação**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BODEN, Margaret A. **Inteligência artificial: uma brevíssima introdução**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial**: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês. Salvador: JusPodivm, 2021.

CHIAO, Vincent. Fairness, accountability and transparency notes on algorithmic decision-making in criminal justice. **International Journal of Law in Context**, vol. 15, 2019, pp. 126-139. <https://doi.org/10.1017/S1744552319000077>

_____. Transparency at sentencing: are human judges more transparent than algorithms? In: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, pp. 34-56. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0003>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332**, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em 14 ago. 2023.

DONOHUE, Michael E. A replacement for Justitia's scales?: machine learning's role in sentencing. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 32, n. 2, 2019, pp. 657-678.

ELLUL, Jacques. **The technological society**. Nova Iorque, EUA: Vintage Books, 1964.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The new penology. In: McLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John; HUGHER, Gordon (orgs.). **Criminological Perspectives: Essential Readings**. 2ª ed. Londres, Reino Unido: SAGE, 2005, pp. 434-446.

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador**: a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. **Uma teoria da pena baseada na vítima**: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

KAUFMAN, Dora. Inteligência artificial: repensando a mediação. **Brazilian Journal of Development**, vol. 6, n. 9, 2020, pp. 67621-67639. <https://doi.org/10.34117/bjdv6n9264>

KEARNS, Michael; ROTH, Aaron. **The ethical algorithm**: the science of socially aware algorithm design. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2020.

LEE, Kay-Fu. **Inteligência artificial**: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada. São Paulo: Edipro, 2015.

McKAY, Carolyn. Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making. **Current Issues in Criminal Justice**, vol. 32, n. 5, 2019, pp. 1-18. <https://doi.org/10.1080/10345329.2019.1658694>

NICOLELIS, Miguel. **O verdadeiro criador de tudo**: como o cérebro humano esculpiu o universo como nós o conhecemos. São Paulo: Planeta, 2020.

PIMENTEL, Alexandre F.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Paloma Mendes. Estado de Direito e tecnopoder. **Justiça do Direito**, vol. 35, n. 3, 2021, pp. 6-43. <https://doi.org/10.5335/rjd.v35i3.13241>

PROEVE, Michael; TUDOR, Steven. **Remorse**: psychological and jurisprudential perspectives. Nova Iorque, EUA: Ashgate, 2010.

RYBERG, Jesper. Sentencing and algorithmic transparency. In: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, pp. 13-33. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0002>

RYBERG, Jesper; PETERSEN, Thomas S. Sentencing and the conflict between algorithmic accuracy and transparency. In: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, pp. 57-73. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0004>

SADIN, Éric. **La humanidad aumentada**: la administración digital del mundo. Buenos Aires, Argentina: Caja Negra, 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: CIAPJ/FGV, 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>. Acesso em 14 ago. 2023.

SANTAELLA, Lucia. **A inteligência artificial é inteligente?** São Paulo: Edições 70, 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWARTZE, Mathis; ROBERTS, Julian V. Reconciling artificial and human intelligence: supplementing not supplanting the sentencing judge. In: RYBERG, Jes-

per; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, pp. 206-229. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0011>

SMITH, Nick. **Justice through apologies**: remorse, reform, and punishment. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2014.

SPENGLER, Howard. **Man and technics**: a contribution to a philosophy of life. Londres, Reino Unido: Allen & Unwin, 1932. Disponível em: <https://archive.org/details/oswaldspenglermanandtechnicsgeorgeallenunwin1932/popAcesso em 8 ago. 2023>.

TAIRA, Breena R.; KREGER, Vanessa; ORUE, Aristides; DIAMOND, Lisa C. A pragmatic assessment of Google Translate for emergency department instructions. **Journal of General Internal Medicine**, vol. 36, n. 11, 2021, pp. 3361-3365. <https://doi.org/10.1007/s11606-021-06666-z>

TATA, Cyrus. **Sentencing: a social process** – re-thinking research and policy. Londres, Reino Unido: Palgrave MacMillan, 2020. *E-book*.

TAUK, Caroline; SALOMÃO, Luis Felipe. Inteligência artificial no Judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Diké (UESC)**, vol. 22, n. 23, 2023, pp. 2-32.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THOMSEN, Frej Klem. Iudicium ex Machinae: the ethical challenges of ADM at sentencing. In: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, p. 252-275. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0013>

VAN WINGERDEN, Sigrid; PLESNIČAR, Mojca M. Artificial intelligence and sentencing: humans against the machines. In: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (orgs.). **Sentencing and artificial intelligence**. Nova Iorque, EUA: Oxford University Press, 2022, pp. 230-251. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197539538.003.0012>

WALMSLEY, Joel. Artificial Intelligence and the value of transparency. **AI & Society**, vol. 36, 2020, pp. 585-595. <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01066-z>

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

A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E O FUTURO DA IA: OPORTUNIDADES E DESAFIOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LA TEORÍA DE LAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM Y EL FUTURO DE LA IA: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Adriana da Costa Ricardo Schier¹

Joyce Finato Pires²

RESUMO

Neste estudo, explora-se a teoria das capacidades de Martha Nussbaum e sua relevância para compreender os direitos fundamentais e o bem-estar humano. Sua teoria enfatiza a importância de capacidades essenciais para uma vida significativa e identifica dez capacidades centrais. Além disso, investiga-se o potencial da inteligência artificial para promover essas capacidades, destacando a necessidade de considerar questões éticas em sua aplicação. Portanto, a teoria das capacidades de Nussbaum pode servir como um guia para uma aplicação ética da Inteligência Artificial, fortalecendo os direitos fundamentais e promovendo uma sociedade mais inclusiva e digna.

Palavras-chave: teoria das capacidades; Martha Nussbaum; direitos fundamentais; inteligência artificial.

RESUMEN

En este estudio, se explora la teoría de las capacidades de Martha Nussbaum y su relevancia para comprender los derechos fundamentales y el bienestar humano. Su teoría enfatiza la importancia de las capacidades esenciales para una vida significativa y identifica diez capacidades centrales. Además, se investiga el potencial de la inteligencia artificial para promover estas capacidades, destacando la necesidad de considerar cuestiones éticas en su aplicación. Por lo tanto, la teoría de las capacidades de Nussbaum puede servir como guía para una aplicación ética de la IA, fortaleciendo los derechos fundamentales y promoviendo una sociedad más inclusiva y digna.

1 Pós-Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

2 Mestra e Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), da CAPES. Membro do Núcleo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do UniBrasil e do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo Virada de Copérnico). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Palabras clave: teoría de las capacidades; Martha Nussbaum; derechos fundamentales; inteligencia artificial.

1 INTRODUÇÃO

A teoria das capacidades tem suas raízes fincadas na filosofia e economia e é fortemente associada a Amartya Sen e Martha Nussbaum. Surgiu da necessidade de encontrar abordagens mais abrangentes para descrever o desenvolvimento humano, indo além das métricas puramente econômicas³, como o Produto Interno Bruto, por exemplo. Enquanto Amartya Sen concebe o desenvolvimento como um processo para expandir capacidades com o objetivo de se alcançar liberdades substanciais, Martha Nussbaum concentra-se na criação de capacidades e identifica dez capacidades centrais essenciais: vida; saúde física; integridade corporal; sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; outras espécies; lazer; controle sobre o próprio ambiente. A teoria de Martha Nussbaum oferece uma base interessante para a compreensão e promoção de direitos fundamentais, como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão, entre outros. Ela enfatiza que esses direitos não se resumem apenas a declarações abstratas, mas devem ser traduzidos em oportunidades tangíveis que capacitem as pessoas a viverem vidas plenas e significativas.

Embora a teoria desenvolvida por Martha Nussbaum não faça menção direta às inteligências artificiais, é válido explorar como a Inteligência Artificial (IA) pode ser desenvolvida e aplicada de maneira a contribuir para o bem-estar humano e a realização das capacidades centrais delineadas por Nussbaum.

Este estudo se respalda na adoção de uma abordagem metodológica dialética, com enfoque no método procedimental monográfico. Emprega-se a técnica de pesquisa qualitativa, apoiada em pesquisa documental bibliográfica.

2 ALÉM DOS LIMITES: EXPANSÕES TECNOLÓGICAS E DE CAPACIDADES

A jornada do homem, desde tempos remotos, busca transcender a mera sobrevivência e se desdobra para dar um maior significado à sua existência. O aumento da longevidade humana, aliada às transformações científicas e tecnológicas, impacta sobremaneira não apenas no desenvolvimento, mas também na forma de proporcionar mais qualidade de vida, conforto e bem-estar. Uma situação que, por um lado, parece trazer alento para alguns, mas que por outro chama a atenção de pensadores

3 “[...] nem sempre crescimento econômico indica um bom desenvolvimento humano” (Pompeu, 2019, p. 240).

como Amartya Sen e Martha Nussbaum, que demonstram certa preocupação com o modo como ela vem se desenrolando. Ambos argumentam, à sua própria maneira, que o desenvolvimento deve ir além do mero crescimento econômico⁴, pois por vezes ignoram-se “elementos-chave da vida humana, que nem sempre estão ligados à riqueza e renda, tais como: expectativa de vida, mortalidade infantil, oportunidades educacionais e de emprego, dentre outros” (Pompeu; Holanda; Santos, 2021, p. 15). Amartya Sen concebe o desenvolvimento como um processo em direção à realização de liberdades substantivas, ou, em outras palavras, à expansão de capacidades, a fim de se escolher a vida que se valoriza (2010, p. 16). Paralelamente, expandindo a perspectiva de Amartya Sen, com base em sua teoria das capacidades, Martha Nussbaum compreende o desenvolvimento como aquisição de um conjunto de dez capacidades essenciais que facultam ao indivíduo a busca por uma vida significativa. A autora enfatiza, portanto, que “o verdadeiro propósito do desenvolvimento é o desenvolvimento humano”⁵ (Nussbaum, 2012, p. 217).

Martha Nussbaum afirma que o mínimo e essencial para uma vida humana digna é que se alcance um nível satisfatório em relação a estas dez capacidades. Ela entende que há um consenso compartilhado de que uma das tarefas mais importantes de um governo é assegurar que seus cidadãos desfrutem da capacidade de viver uma vida que vá além do mero limite mínimo aceitável. Isso significa que um governo tem a obrigação de assegurar que todos os cidadãos tenham, pelo menos, o mínimo necessário em relação a essas dez capacidades centrais. Entretanto, entende-se que isso não implica dizer que o Estado deve se limitar apenas ao cumprimento do estabelecido, mas que tem o dever de acompanhar a realidade para atender às necessidades sociais em constante mudança (2012, p. 53)⁶.

Essas dez capacidades, delineadas por Nussbaum, traduzidas livremente, são as descritas abaixo:

a. Vida: ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana com uma duração normal, não morrendo prematuramente ou antes que a própria vida se torne tão reduzida que não valha a pena viver.

b. Saúde física: ter a capacidade de manter uma boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; receber alimentação adequada; e ter um local adequado para viver.

4 Martha Nussbaum enfatiza que “[...] as conquistas em saúde e educação têm muito pouco a ver com o crescimento econômico. A liberdade política também não é um indicador de crescimento, como podemos ver pelo estonteante sucesso da China. Portanto, produzir crescimento econômico não significa produzir democracia” (2015, p. 15. Tradução livre).

5 Tradução livre de: “[...] *el propósito real del desarrollo es el desarrollo humano*”.

6 Em consonância com o entendimento de Nussbaum, Edgar Guimarães e Bruno Gofman destacam: “[...] O Estado desempenha um papel fundamental na garantia da dignidade da pessoa humana e na existência digna, afinal, deve respeitar a incolumidade física, psíquica e social do indivíduo, mas também fornecer os pressupostos materiais mínimos para preservar a vida e a sua inclusão na sociedade, englobando a sua proteção nas relações privadas (2022, p. 206).

c. *Integridade física*: ter a capacidade de se mover livremente de um lugar para outro; estar protegido contra ataques violentos, incluindo agressões sexuais e violência doméstica; e ter oportunidades para satisfação sexual e escolha em questões reprodutivas.

d. *Sentidos, imaginação e pensamento*: ter a capacidade de usar os sentidos, imaginação, pensamento e raciocínio de uma maneira verdadeiramente humana, formada e cultivada por meio de uma educação adequada, que inclui, entre outras coisas, alfabetização e formação matemática e científica básica. Ter a capacidade de usar a imaginação e o pensamento para experimentação e produção de obras e atos religiosos, literários, musicais ou semelhantes, de acordo com a escolha pessoal. Poder usar a mente sob proteção das garantias de liberdade de expressão política e artística, bem como liberdade de prática religiosa. Ter a capacidade de desfrutar de experiências agradáveis e evitar dor não benéfica.

e. *Emoções*: ter a capacidade de sentir afeição por coisas e pessoas além de si mesmo; amar aqueles que nos amam e se preocupam conosco, e sentir luto por sua ausência; em geral, poder amar, entristecer-se, sentir saudade, gratidão e indignação justificada. Evitar que o desenvolvimento emocional seja prejudicado pelo medo e ansiedade. Defender essa capacidade significa também defender certas formas de associação humana cruciais para o desenvolvimento.

f. *Razão prática*: ter a capacidade de formar uma concepção do bem e refletir criticamente sobre o planejamento de sua própria vida. Isso envolve a proteção da liberdade de consciência e observância religiosa.

g. *Afiliação*: a) *relações sociais*: ter a capacidade de viver com e para os outros, reconhecer e demonstrar interesse por outros seres humanos, participar de várias formas de interação social e ser capaz de imaginar a situação de outra pessoa. Isso implica proteger instituições que formam e nutrem tais formas de afiliação, bem como proteger a liberdade de reunião e expressão política. b) *igualdade e respeito*: ter as bases sociais necessárias para evitar sentimentos de humilhação e, ao contrário, ser tratado como seres de igual valor. Isso requer a implementação de medidas que combatam a discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião ou origem nacional.

h. *Outras espécies*: ter a capacidade de manter um relacionamento próximo e respeitoso com animais, plantas e o mundo natural.

i. *Lazer*: ter a capacidade de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas.

j. *Controle sobre o próprio ambiente*: a) *político*: ter a capacidade de participar efetivamente das decisões políticas que governam sua vida, com direito à participação política e proteção à liberdade de expressão e associação. b) *material*: ter a capacidade de possuir bens (móveis e imóveis) e ostentar direitos de propriedade em igualdade de condições com os outros; ter o direito de buscar trabalho em igualdade com os demais; estar legalmente protegido contra buscas e detenções não autorizadas judicialmente. No ambiente de trabalho, ser capaz de

trabalhar como seres humanos, exercendo a razão prática e mantendo relações valiosas e positivas de reconhecimento mútuo com outros trabalhadores (Nussbaum, 2012, p. 53-54. Tradução livre).

A teoria de Martha Nussbaum oferece uma base interessante para a compreensão e promoção de direitos fundamentais, como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão, entre outros direitos. Ela defende que a garantia de direitos fundamentais, como estabelecida em cada Constituição de cada país⁷, desempenha um papel crucial na promoção das capacidades e na garantia de que as pessoas tenham oportunidades de levar vidas significativas (2012, p. 120).

Assim sendo, sua abordagem filosófica oferece um arcabouço conceitual para a reflexão acerca dos elementos essenciais de uma vida significativa e sua teoria das capacidades pode ser empregada tanto como fonte de inspiração, quanto como justificação para os direitos fundamentais presentes em uma Constituição.

Na percepção de Janriê Rodrigues Reck, os direitos fundamentais não apenas pressupõem, mas também delineiam políticas públicas (2023, p. 68-69). Consequentemente, a lista de capacidades proposta por Martha Nussbaum pode, igualmente, servir de diretriz para a formulação de políticas públicas⁸, que podem ser definidas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2013, p. 76. *E-book*).

Embora a teoria desenvolvida por ela não faça menção direta às inteligências artificiais, é válido explorar como a IA pode ser desenvolvida e aplicada de maneira a contribuir para o bem-estar humano e a realização das capacidades centrais delineadas pela autora.

As revoluções tecnológicas têm desencadeado um profundo impacto na sociedade, moldando variadas esferas em nossas vidas, incluindo a cultura, a política e a comunicação⁹. De fato, quase todos os aspectos da vida humana são agora mediados e influenciados, de alguma forma, por essas transformações. Essa (r)evolução é,

7 Nussbaum alerta que nem todas as Constituições definem objetivos elevados, como no caso da Coreia do Norte: “[...] Algumas constituições não são aspiracionais, porque na realidade não anunciam uma garantia com base em uma concepção de justiça. Portanto, a constituição da Coreia do Norte está repleta de garantias insinceras e (no contexto) ridículas, desde a liberdade de expressão até a saúde. Um documento desse tipo não é aspiracional; é uma peça de exposição que zomba das aspirações das pessoas. No entanto, a maioria das constituições é fortemente aspiracional: elas almejam alto e estão cientes de que, sendo os seres humanos como são, o fracasso é muito provável” (2016, p. 302. Tradução livre).

8 Gilberto Bercovici faz a crítica precisa de que é insuficiente analisar o desenvolvimento somente por meio da lente da política pública, pois somente fazendo uma reflexão profunda sobre o Estado, não apenas como uma entidade isolada, mas como parte integrante de toda a estrutura social, talvez seja possível construir um Estado que supere a barreira do subdesenvolvimento (2004, p. 27-28).

9 As novas tecnologias, ou as tecnologias disruptivas, como hoje são amplamente denominadas, afetam a forma como percebemos o mundo. Cada vez mais “[...] concebemos o social, os seres vivos e processos cognitivos através de uma matriz de leitura informática” (Lévy, 2010, p. 15).

em geral, vista como uma força positiva, uma vez que contribui para uma melhoria substancial nas condições de vida de um número cada vez maior de indivíduos, promovendo bem-estar e estabilidade na ordem social¹⁰. No entanto, é crucial notar que, em contrapartida à visão muitas vezes otimista que associa a inteligência artificial a avanços benéficos e inofensivos, este estudo não contemplará a análise dos possíveis riscos que a inteligência artificial pode apresentar para indivíduos e instituições¹¹.

Neste trabalho, é despretensiosamente proposto um guia ético do uso da inteligência artificial a partir de Nussbaum. Diretrizes que enfatizam a importância de utilizar a IA de maneira a aprimorar a qualidade de vida, proteger a saúde, garantir a segurança, facilitar a comunicação, promover o aprendizado, apoiar a saúde mental, promover a compreensão intercultural e proteger o meio ambiente. Embora não detalhado, este guia pode servir como uma base ética inicial para a aplicação responsável da IA, melhorando a qualidade de vida e o bem-estar humano e promovendo, simultaneamente, os direitos fundamentais e as capacidades humanas:

a. Vida: a IA deve ser usada para melhorar a qualidade de vida, fornecendo assistência médica, prevenção de doenças, acesso a informações sobre saúde e serviços de bem-estar.

b. Saúde: a IA pode contribuir para a detecção precoce de doenças, monitoramento da saúde e aconselhamento médico personalizado, garantindo que as pessoas tenham acesso a cuidados de saúde eficazes e de alta qualidade¹².

c. Integridade física: a IA pode ser usada para melhorar a segurança nas estradas, em locais de trabalho e em ambientes perigosos, reduzindo riscos para a integridade física das pessoas.

d. Relações interpessoais: a IA pode facilitar a comunicação e a conectividade entre pessoas, ajudando a superar barreiras linguísticas e

10 O acesso à informação atingiu um nível de disponibilidade sem precedentes nos dias atuais, graças ao avanço tecnológico. Esse avanço é evidente na área da medicina, onde a influência da tecnologia se traduz em diagnósticos cada vez mais precisos de patologias, no monitoramento de tratamentos e nos sistemas de rastreamento de propagação de vírus, como os *Digital Tracking and Tracing Systems*, que desempenharam um papel crucial na gestão da pandemia da Covid-19 (Freitas; Freitas, 2020, p. 45 e 49).

11 Debates acerca dos riscos do desenvolvimento dos algoritmos de IA e sua opacidade, das *fake news* e *deep-fakes* e tantos outros são necessários para compreender e enfrentar os desafios complexos que acompanham essas tecnologias, especialmente no contexto da democracia, onde a disseminação de informações e a integridade do processo decisório político são fundamentais.

12 Usualmente, os médicos têm uma carga de trabalho pesada, com tarefas administrativas e análises complexas de exames, que consomem grande parte de seu tempo. Isso muitas vezes limita o tempo que podem dedicar aos pacientes e a aspectos fundamentais do cuidado, como ouvir e entender suas preocupações, fornecer apoio emocional e construir uma relação empática. Em confluência com Eric Topol, a introdução da IA para auxiliar na análise de dados e no gerenciamento de informações médicas pode reduzir a carga de trabalho burocrática dos médicos, permitindo que eles tenham mais tempo para interagir com os pacientes. Isso ajuda a restaurar a empatia na relação médico-paciente, pois os médicos podem oferecer um atendimento mais personalizado e centrado no paciente. A empatia desempenha um papel crucial no tratamento médico, uma vez que melhora a comunicação, fortalece a confiança e melhora a experiência do paciente (Topol, 2019).

geográficas, promovendo a compreensão mútua e fortalecendo relacionamentos.

e. Ser capaz de pensar: a IA pode ser usada como uma ferramenta educacional, fornecendo acesso a informações e oportunidades de aprendizado, ajudando as pessoas a desenvolver suas capacidades cognitivas.

f. Ser capaz de ter emoções: a IA pode ser usada para apoiar a saúde mental, fornecendo serviços de aconselhamento e intervenção em momentos de estresse ou angústia.

g. Afiliar-se a formas de vida diferentes: a IA pode facilitar a exposição a diferentes culturas, crenças e perspectivas, promovendo a tolerância e a compreensão intercultural.

h. Outras espécies: a IA pode ser usada para monitorar e proteger o meio ambiente e a biodiversidade, contribuindo para a coexistência harmônica com outras espécies.

i. Lazer: a IA pode ser usada para criar experiências de entretenimento e jogos que estimulem a criatividade, a imaginação e o lazer.

j. Controlar o ambiente imediato: a IA pode ser usada para tornar o ambiente construído mais acessível e seguro, adaptando-se às necessidades individuais das pessoas.

3 ODS: UM PACTO PELO FUTURO

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas – ONU, fixou uma agenda de desenvolvimento nacional sustentável até 2030, a chamada Agenda 2030. Ela estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os denominados ODS, com o intuito amplo de promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria na qualidade de vida das pessoas.

Dentro dessa Agenda, o ODS relacionado à tecnologia é o ODS 9: Indústria, Inovação e Infraestrutura. Esse objetivo visa promover o desenvolvimento de infraestrutura resiliente, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável, o fomento à inovação e o apoio à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico. Portanto, o ODS 9 está intimamente ligado à adoção e avanço de tecnologias como meio de impulsionar o desenvolvimento sustentável e melhorar a qualidade de vida das pessoas.

A promoção da inovação e o desenvolvimento de infraestrutura tecnológica são componentes essenciais para alcançar esse objetivo, contribuindo para a criação de soluções que abordem desafios sociais, econômicos e ambientais, além de impulsionar o crescimento econômico e a geração de empregos.

A busca por atender às metas do ODS 9 está intrinsecamente alinhada com a ideia de desenvolvimento humano sustentável. A promoção da inovação e da infraestrutura tecnológica no país pode contribuir para a consecução dos objetivos de justiça

social, erradicação da pobreza e promoção do bem-estar da população, conforme preconizado na Constituição da República de 1988 e nos princípios da Agenda 2030.

No contexto da busca por um desenvolvimento humano sustentável, a interseção entre a Agenda 2030 e a Teoria das Capacidades de Nussbaum oferece uma base sólida que vai além do crescimento econômico.

No cenário brasileiro, a transição para o modelo de Estado Social e Democrático de Direito¹³ e a promulgação da Constituição da República de 1988 (Moraes, 2019, p. 04), marcou o fim de 21 anos de regime militar¹⁴, trazendo consigo uma nova percepção da ideia de desenvolvimento. Esse modelo de Estado adotado pelo Brasil se alinha com os princípios da Agenda 2030, e com a Constituição da República, já que em seu Preâmbulo, estabelece o compromisso do Estado em garantir o desenvolvimento amplo, reforçado pelo artigo 3º da CR/88 (Schier; Ziliotto, 2020, p. 35-36). Assim, estabeleceu-se, no texto constitucional, um modelo de sociedade compatível com o mais recente Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU¹⁵ (2021/2022), cujos princípios norteadores propostos visam alinhar políticas e instituições aos objetivos de enfrentar os desafios globais em um mundo em constante transformação. Eles refletem a necessidade de abordagens flexíveis, cooperação global, inovação e justiça social para lidar com as incertezas e complexidades dos tempos atuais.

Esses princípios, refletidos no modelo constitucional, estão intimamente ligados aos valores expressos na Constituição, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (no que se refere à flexibilidade), “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (no que diz respeito à cooperação global), “promover o bem de toda a população” (no que concerne à inovação) e a busca por uma sociedade mais justa e equitativa (em relação à justiça social).

Tais princípios, destacados no Relatório, estão, portanto, em harmonia com os objetivos fundamentais da República, que estabelecem um compromisso com a justiça social, a erradicação da pobreza e a promoção do bem-estar de toda a

13 Usando as premissas de Zygmunt Bauman para falar dos estados da modernidade, que designam o quadro político do Estado de Bem-Estar Social como modernidade sólida, Gilmar Antônio Bedin destaca que “A forte presença do Estado na gestão da economia permitiu a formação e consolidação do Estado de Bem-Estar e o reconhecimento da cidadania econômica e social. Estes avanços produziram uma profunda mudança no funcionamento do sistema capitalista e colocou em evidência a importância do Estado na concretização da justiça social, na socialização da riqueza produzida, na proteção dos grupos sociais mais vulneráveis e no fomento de práticas inclusivas” (2008, p. 03-04).

14 Sobre a transição para um regime democrático, assevera Dirceu Pereira Siqueira: “A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos mais de vinte anos de ditadura militar. A formatação do catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do país. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional” (2017, p. 108).

15 “[...] é preciso construir, no século XXI, mecanismos e instituições capazes de garantir crescimento econômico sustentável e desenvolvimento humano, e por fim cumprir as metas dos objetivos de desenvolvimento sustentável enumerados pela Organização das Nações Unidas” (Pompeu, 2019, p. 228)

população. Eles refletem os direcionamentos que orientam o desenvolvimento humano¹⁶ no país.

4 EDUCAÇÃO E LITERACIA DIGITAL

Em suas respectivas obras, Martha Nussbaum e Amartya Sen dão ênfase excepcional à educação, que a reconhecem como elemento fundamental para o desenvolvimento humano e argumentam que ela desempenha um papel crucial na expansão das capacidades individuais, na promoção da liberdade e no alcance de uma vida significativa¹⁷. Sen destaca como a educação amplia as escolhas e oportunidades das pessoas, capacitando-as a tomar decisões informadas e a participar plenamente na sociedade¹⁸. Nussbaum, por sua vez, enfatiza a importância da educação na promoção das capacidades centrais que são essenciais para uma vida digna e com significado, como a capacidade de compreender, comunicar e participar da vida cívica¹⁹. Ela ainda acrescenta que “[...] o analfabetismo exclui as mulheres da maioria dos empregos possíveis e de muitas oportunidades políticas” (2012, p. 24. Tradução livre)²⁰.

16 Adriana da Costa Ricardo Schier aponta dados referentes ao Brasil, fornecidos pelo Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2017/2018: “[...] o IDH do País consolidou-se na 79ª posição, entre 189 nações, mediante a nota 0,759. A expectativa de vida passou a ser de 75,7 anos; a expectativa do número de anos em que os cidadãos se mantêm na escola foi de 15,4 anos; enquanto a renda nacional bruta *per capita* passou a 13,755” (2019, p. 100-101). Dados mais recentes oriundos do Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2021/2022 destacam que o IDH do Brasil consolidou-se na 86ª posição, entre 191 nações, mediante a nota 0,754. A expectativa de vida dos brasileiros passou a ser de 72,8 anos; a expectativa do número de anos em que os cidadãos se mantêm na escola foi de 15,6 anos; enquanto a renda nacional bruta *per capita* passou a 14,370. De uma maneira geral, comparando os dois relatórios, percebe-se que o Brasil ainda enfrenta desafios significativos: há uma piora relativa no desempenho do país no que diz respeito ao IDH. A nota do IDH brasileiro teve uma queda relativamente pequena, podendo sinalizar que o progresso em termos de desenvolvimento humano estagnou ou diminuiu. A queda na expectativa de vida dos brasileiros é uma preocupação, pois pode indicar uma possível redução na qualidade de vida e no acesso a cuidados de saúde. A expectativa do número de anos em que os cidadãos se mantêm na escola aumentou ligeiramente, podendo sugerir algum progresso na área da educação, embora a melhoria seja modesta. A renda nacional bruta *per capita* aumentou, podendo indicar um aumento na renda média por pessoa, o que pode ser um sinal positivo em termos econômicos (Organização das Nações Unidas, 2022, p. 273).

17 A educação é essencial para que as pessoas vislumbrem oportunidades futuras de participação na política, no mercado de trabalho, tomar decisões informadas, na inovação, diminuindo a desigualdade intergeracional (Kerstenetzky, 2012, p. 137).

18 “O que o desenvolvimento humano faz? A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida [...]. A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento” (Sen, 2010, p. 191).

19 “[...] podemos apostar con bastante seguridad a que la educación es una de ellas en todas las naciones, ya que proporciona acceso no sólo a las opciones de empleo y a la voz política, sino también a un mayor poder de negociación en el hogar familiar y, por consiguiente, al poder de valerse por uno mismo de cada persona”. Tradução livre: “[...] podemos afirmar com bastante segurança que a educação é uma delas em todas as nações, pois oferece acesso não apenas a oportunidades de emprego e voz política, mas também a um maior poder de negociação no âmbito familiar e, portanto, a capacidade de auto-sustentação de cada indivíduo (Nussbaum, 2012, p. 121).

20 Para firmar ainda mais a importância da educação, Martha Nussbaum assevera que “[...] Compreendemos por que a educação é um direito valioso em parte ao pensar em seu valor intrínseco e instrumental, mas também

Desde a educação até a participação em serviços públicos eletrônicos²¹, a capacidade de entender, usar e interagir com tecnologias da informação e inteligência artificial é um fator determinante para a inclusão de pessoas na sociedade. Portanto, garantir que todos tenham acesso a uma educação de qualidade²² em tecnologia e IA, promovendo a literacia digital²³, é um passo crucial para expandir as capacidades individuais. Além disso, fornecer recursos e programas de treinamento em IA para grupos desfavorecidos é um meio eficaz de se tentar reduzir as disparidades na era digital²⁴, capacitando as pessoas a tirar proveito dos serviços públicos eletrônicos que estão se tornando cada vez mais onipresentes. Isso não apenas melhora vidas, mas também fortalece a participação cívica e o funcionamento eficaz das sociedades modernas. Além disso, no contexto da Agenda 2030, a educação desempenha um papel fundamental na realização da meta de “assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (ODS 4). Tal visão se alinha perfeitamente com o entendimento das autoras deste estudo, de que a educação em IA, aliada à educação tradicional, é essencial para preparar as pessoas para um futuro em constante evolução, onde a compreensão e o domínio da inteligência artificial são cada vez mais relevantes. Destaca-se, ainda, que a inteligência artificial deve complementar e aprimorar a educação, “[...] desde que respeite os princípios éticos e legais inegociáveis ao atribuir tarefas às máquinas” sem nunca substituir os educadores, cujo papel é insubstituível no processo educacional (Freitas; Freitas, 2020, p. 49).

Parece frivolidade falar de inteligência artificial e seu acesso aos indivíduos, especialmente na sua integração à educação, quando falta comida na mesa, remédios para curar doenças, ou o aluguel da moradia. E é sensato pensar dessa forma. Oportunidades se diferenciam de condições de acesso, ainda mais quando se tem prioridades. De nada adianta a um indivíduo a oportunidade de acesso à educação utilizando a inteligência

em parte ao pensar, com Adam Smith, sobre como as ‘capacidades humanas são mutiladas e deformadas’ na ausência de uma educação pública gratuita e universal adequada” (2016, p. 302. Tradução livre).

21 Cass R. Sunstein afirma que “Todas as grandes instituições, incluindo os governos, podem fazer muito mais para tornar as coisas mais automáticas e para obter simplicidade, procurando adequar os seus produtos e serviços ao que as pessoas consideram natural e intuitivo” (2013, p. 222).

22 André Luís Bortolini destaca que “[...] advoga-se que a qualidade educacional não serve apenas ao desenvolvimento econômico, via qualificação para o trabalho e formação para o mercado, abordagem que se evidencia insuficiente, reducionista e utilitarista, mas, também e sobretudo, como requisito ao desenvolvimento sustentável e à cidadania” (2022, p. 35).

23 David Buckingham afirma que a literacia digital não se resume apenas à capacidade de encontrar, avaliar e utilizar informações online, mas sim à compreensão de como os meios de comunicação funcionam, em especial as mídias digitais entendidas em seus aspectos culturais, emocionais e persuasivos (2010). O autor dedicou muitas publicações sobre o assunto, reforçando não só a urgência de aplicação deste estudo nas escolas, mas também sua relevância para as políticas públicas britânicas (2020).

24 “A disparidade do acesso à internet no Brasil é flagrante. São 33,9 milhões de brasileiros(as) que não estão conectados. Além disso, são outros 44 milhões de brasileiros(as) com conexão parcial.

As conexões à internet, bem como o acesso às melhores ferramentas e receptáculos digitais permanecem à mercê das classes mais altas, na medida em que estas dispõem de recursos financeiros enquanto outras sequer possuem acesso à água potável” (Brazzale; Morbini; Guieseler Junior, 2023, p. 46).

artificial se ele não tem condições de chegar até lá, pois reside em uma área rural. É nesse momento que o Estado ou a sociedade devem desempenhar um papel crucial para viabilizar o acesso a essas condições. A partir da sua teoria das capacidades, Nussbaum destaca, novamente, que as nações devem estabelecer níveis de limites em consonância com o contexto social e, frisa que “o limite deve ser fortemente aspiracional, mesmo quando parece muito difícil atender às suas exigências” (2016, p. 303. Tradução livre).

Nossa sociedade, que passa de uma sociedade de pesca²⁵ para se desenvolver em uma sociedade enredada, agora caminha por uma vertigem tecnológica que acentua a realidade de contextos de inúmeros países, entre eles o Brasil, que possui imenso abismo tecnológico. Dados do IBGE pelo PNAD Contínua, coletados no ano de 2017, evidenciam que houve um aumento de 80,2%, em 2017, para 83,8%, em 2018, de domicílios em que a internet era utilizada, tendo o celular como principal meio de acesso. Isso pode ser explicado pela sua acessibilidade e custo inferior em comparação a outras opções, como computador ou tablets. Além disso, é notável o crescimento do acesso à internet em áreas rurais, que saltou de 41,0% em 2017 para 49,2%, em 2018. Este dado pode ser um sinal positivo, pois sugere uma redução da lacuna digital entre áreas urbanas e rurais, permitindo que mais pessoas em áreas remotas tenham acesso aos benefícios da conectividade (Brasil, 2018).

Apesar do aumento no uso da internet, muitas pessoas ainda enfrentam custos substanciais para contratar planos de dados ou serviços de internet de qualidade, que podem ser um obstáculo significativo para o acesso à internet de qualidade, limitando o potencial de inclusão digital. Aliada a isso, a falta de educação digital é um fator crítico que impede muitas pessoas de aproveitar plenamente as oportunidades oferecidas pela tecnologia. A falta de conhecimento e habilidades pode ser uma barreira importante para a participação eficaz na sociedade digital, entendimento também preconizado por Sen e Nussbaum.

A pesquisa²⁶ mais recente destaca a crescente relevância da inteligência artificial na vida das pessoas: “49,4% dos respondentes utilizaram alguma ferramenta de

25 Dinamara Pereira Machado e Gisele do Rocio Cordeiro brincam com as palavras para evidenciar a mudança da sociedade ao longo do tempo, com aldeias com poucos contatos e visibilidade limitada, comparada à atual, na qual as conexões são globais, estabelecidas por meio da internet: “Usamos as palavras de forma metafórica na perspectiva de demonstrar que daquela sociedade que sobrevivia locada em espaço de aldeia, de poucos contatos, da ausência de visibilidade, e na sociedade atual as conexões são globais e estabelecidas a partir dos fios que tecidos formam a rede da internet, assim podemos ter inúmeros amigos nas de que tem conhecemos fisicamente, em que os negócios podem ser estabelecidos com dinheiro virtual etc” (2018, p. 141).

26 Pesquisa exclusiva do Instituto PNH em parceria com a empresa StartSe mostrou que: “Participaram da pesquisa brasileiros com 18 anos ou mais de todos os Estados. Entre os respondentes, 52,6% foram mulheres e 47,4% foram homens. A faixa etária da amostra ficou bem dividida entre 25 a 34 anos (20,7%), 35 a 44 anos (20,5%), 45 a 59 anos (24,2%) e 60 anos ou mais (22,1%). A taxa de respondentes com idade entre 18 a 24 anos foi de 12,5%. Entre os participantes, 37,1% frequentaram o ensino médio; 33,9% têm curso superior completo ou incompleto; 22,8% frequentaram o ensino fundamental; e 6,3% não frequentaram a escola. A maioria é de usuários de redes sociais, com 85,1% afirmando usarem plataformas do tipo, ante 14,9% que disseram não utilizar” (Cataldi, 2023).

Inteligência Artificial recentemente, comparado com 50,6% que não utilizaram” (Cataldi, 2023). A inteligência artificial pode abranger uma ampla gama de aplicações, desde assistentes virtuais e *chatbots* até algoritmos de recomendação, sistemas de reconhecimento de voz e imagem, carros autônomos, etc. É perceptível uma maior interação das pessoas com a IA, de várias maneiras em suas vidas, muitas vezes sem perceber, uma vez que ela se tornou uma parte integrante de muitos produtos e serviços (Pari-ser, 2012). De outro lado, embora a tecnologia esteja avançando rapidamente, a sua adoção por parte da população em geral ainda não é universal.

Inquestionável a irrefutabilidade do avanço tecnológico, que transforma rapidamente nosso modo de vida e impulsiona a inovação em todas as áreas da sociedade, desafiando, ao mesmo tempo, a necessidade de preservar e proteger direitos fundamentais, como a privacidade, a liberdade de expressão e a igualdade, em um mundo cada vez mais digital e interconectado.

5 NA ERA DA TRANSPARÊNCIA: PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – TECNOLOGIA PARA A HUMANIDADE

Provavelmente, tanto Amartya Sen quanto Martha Nussbaum defenderiam a necessidade de se garantir a privacidade e a proteção de dados pessoais como componentes essenciais das capacidades e da liberdade humana. Quando dados pessoais estão protegidos e os indivíduos detêm controle como eles são usados, as pessoas podem tomar decisões importantes sem interferência externa. Isso pode incluir a escolha de seu estilo de vida, de suas crenças, de suas associações e a maneira como desejam interagir com a sociedade. A privacidade também está associada à dignidade humana e ao respeito pelas escolhas e preferências individuais. Os autores talvez argumentariam que, para que as pessoas tenham um verdadeiro senso de liberdade e para que possam participar plenamente na sociedade, é essencial que sua privacidade seja protegida.

Maria Cristine Branco Lindoso destaca o entendimento atual do que são dados pessoais: “são conteúdos que informam o nome, a data de nascimento, o gênero e a raça do usuário, mas que também informam o tempo de permanência em uma determinada página de rede social, a aquisição feita, a quantidade de interações pela internet, a busca realizada na página do Google, entre tantas outras informações” (2021, p. 33-34). Esses dados pessoais são coletados e analisados para diversos fins, desde políticas públicas até para o marketing. Há debate doutrinário acerca da natureza jurídica dos dados pessoais: se são bens jurídicos, regidos pelos direitos reais, ou projeções da personalidade, protegidos pelos direitos da personalidade. A primeira corrente vê os dados como propriedade dos usuários, enquanto a segunda os con-

sideram projeções da personalidade, protegidas não apenas na esfera patrimonial, mas também na esfera extrapatrimonial, decorrente da proteção da privacidade. Essa última visão, mais ampla, levou ao reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais²⁷ e à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a LGPD (Brasil). Neste entender, os dados pessoais são uma extensão da personalidade e “sabendo que os direitos de personalidade são garantias fundamentais que são irrenunciáveis e não sofrem nenhum tipo de limitação voluntária, aos dados também deveria se estender essa proteção” (Lindoso, 2021, p. 33-37).

As novas tecnologias, como a inteligência artificial, são, portanto, vetores que amplificam a velocidade de transmissão de dados e, ao considerar o desenvolvimento da inteligência artificial, é crucial garantir que a IA seja desenvolvida com o objetivo de melhorar a vida das pessoas e evitar seus efeitos prejudiciais, como preconceitos e discriminação, sejam eles relacionados a gênero, raça, idade ou outras características, a fim de promover uma sociedade mais justa e inclusiva. Isso requer uma abordagem interdisciplinar, onde teóricos, como filósofos, cientistas sociais, engenheiros entre outros, colaborem para abordar questões éticas e técnicas que envolvem a inteligência artificial. A diversidade na colaboração é fundamental para garantir que a IA seja desenvolvida de maneira ética, equitativa e responsável, refletindo a ampla gama de perspectivas e preocupações que a sociedade enfrenta na era da IA.

Além disso, a tecnologia da IA deve ser direcionada para fins que vão muito além da eficiência e do lucro. É imperativo que a IA seja usada para promover o bem-estar humano e abordar desafios globais significativos, como saúde, educação, meio ambiente e alívio da pobreza. Isso inclui também o desenvolvimento de sistemas de IA que auxiliem pessoas com deficiência a alcançar uma vida significativa e que contribuam para a resolução de questões prementes que afetam a humanidade. A IA e suas aplicações devem ser orientadas por um propósito maior, visando melhorar a qualidade de vida e enfrentar os problemas complexos que o mundo enfrenta.

A tecnologia, incluindo a IA, não é apenas uma ferramenta prática, mas desempenha um papel central no progresso humano. Ela nos permite abordar desafios globais e promover o bem-estar. Ao mesmo tempo, ela é uma extensão da criatividade humana e sua exploração. Isso sugere que a tecnologia não é apenas um meio para um fim, mas uma parte intrínseca do processo de crescimento, inovação e descoberta humanos.

27 Incluído pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022:

Art. 5º, CR/88: 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:

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

As novas tecnologias não são apenas ferramentas²⁸, mas facilitadores do progresso humano. É nessa interseção entre a utilidade prática e a exploração da mente humana que a tecnologia desempenha um papel vital em nossa jornada de desenvolvimento.

“A fusão entre real e digital há tempos já deixou de ser apenas uma promessa distante”²⁹ (Berberi; Pires, 2022, p. 299), tornando-se uma realidade inegável e onipresente. Hoje, estamos imersos em um cenário onde as fronteiras entre o mundo físico e o virtual se tornaram quase imperceptíveis. A tecnologia digital se infiltrou em todos os aspectos de nossas vidas, desde a forma como nos comunicamos e trabalhamos até como consumimos entretenimento e realizamos transações comerciais. Nesse contexto, a interconexão entre o mundo real e o digital não é mais uma aspiração futurística, mas uma parte intrínseca da nossa existência diária, moldando a maneira como vivemos, aprendemos e nos relacionamos

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciando com a exploração da busca humana por significado e bem-estar, este estudo destacou a influência do aumento da longevidade e dos avanços tecnológicos, uma perspectiva que encontra eco nas ideias de Martha Nussbaum. A autora, por sua vez, argumenta que o desenvolvimento deve transcender o mero crescimento econômico, enfocando as capacidades humanas essenciais e ressaltando a importância dos direitos fundamentais na promoção dessas capacidades.

Além disso, considerou-se a possibilidade de aplicar princípios éticos baseados nas capacidades de Nussbaum para orientar o desenvolvimento e uso da inteligência artificial, acreditando que essa abordagem pode aprimorar o bem-estar humano e promover direitos fundamentais e capacidades essenciais, estabelecendo uma conexão significativa com o fato de que a transição para um modelo de Estado Social e Demo-

28 “É seguro dizer que, ao contrário dos legatários da filosofia hegeliana, que não veem na técnica mérito para destacá-la como condição do desenvolvimento do espírito, [Ernst] Kapp entende que é *por meio dela*, a começar pela criação de produtos que potencializam o trabalho dos pés e das mãos passando pela construção de artefatos que espelham os sentidos (como a lente para a visão e o autôfalante para a audição), que o desenvolvimento da consciência se dá *rumo a sua descoberta*. Vale dizer: sem a construção de produtos técnicos, o humano não experimentaria suas potencialidades, não se tornaria liberto das condicionantes naturais, e a tecnologia não é o produto da projeção, mas o *processo em si mesmo*, pois cada *projeção* de órgão só se apresenta à consciência através da sua externalização, de modo que a projeção não é mera cópia, mas todo o processo ideativo e executivo segundo a diversidade de percepções da variação entre os órgãos: no machado, é a forma do braço que inspira a projeção; no sistema ferroviário, é a rede vascular; na estrutura do telégrafo (e, nos nossos dias, o computador), é o cérebro” (Brochado, 2023, p. 48)

29 “A fusão entre real e digital há tempos já deixou de ser apenas uma promessa distante. Em muitas partes, o mundo já é uma simbiose entre essas duas categorias. Por isso, é necessário atenção aos próximos passos, às próximas decisões, pois elas irão ser responsáveis por consequências diretas e indiretas na vida de centenas de milhões de pessoas. Um número alto demais para não ser levado em consideração na matemática do futuro” (Berberi; Pires, 2022, p. 299).

crático de Direito, conforme refletido na Constituição de 1988, harmoniza-se com os princípios da Agenda 2030 da ONU. Dessa forma, a interseção entre a Agenda 2030 e a Teoria das Capacidades de Nussbaum proporciona uma orientação abrangente para além do crescimento econômico, direcionando o desenvolvimento humano com princípios como justiça social, cooperação global, inovação e flexibilidade, consolidando assim uma base sólida e ampla para orientar o progresso social e econômico.

Nessa perspectiva, Martha Nussbaum e Amartya Sen enfatizam a importância da educação na expansão das capacidades individuais e na promoção de liberdades substanciais. A integração da tecnologia, incluindo a inteligência artificial, na educação, é vista como fundamental para a inclusão na sociedade, embora desafios de acessibilidade e educação digital persistam. Esse cenário ganha relevância à luz da rápida evolução da inteligência artificial, a qual impacta diversos aspectos da vida, destacando a necessidade de equilibrar o avanço tecnológico com a preservação de direitos fundamentais em um mundo digital e interconectado. Além disso, ambos os autores, Sen e Nussbaum, valorizariam a proteção da privacidade e dos dados pessoais como essenciais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A privacidade é vista como crucial para que as pessoas possam tomar decisões importantes e escolher seu estilo de vida sem interferência externa. As novas tecnologias, incluindo a inteligência artificial (IA), devem ser desenvolvidas com foco no bem-estar humano e na resolução de desafios globais, promovendo colaboração interdisciplinar e uma abordagem ética. Além disso, a tecnologia, incluindo a IA, molda a maneira como vivemos e interagimos. Demonizar a IA ou rejeitar seu papel na sociedade seria contraproducente; em vez disso, é fundamental promover uma relação equilibrada e responsável com essa tecnologia, garantindo que ela esteja a serviço das necessidades humanas e da melhoria da qualidade de vida. Isso inclui considerar as implicações éticas, legais e sociais, evitando potenciais impactos negativos.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. A globalização e suas consequências sociais: uma análise a partir da obra de Zygmunt Bauman. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 03, p. 01-10, 2008.

BERBERI, Marco Antonio Lima; PIRES, Joyce Finato. Mensagens e mensageiros: privacidade e confiança em tempos de disrupção tecnológica. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). **Direito civil e tecnologia**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 289-301.

BERCOVICI, Gilberto. **O Estado desenvolvimentista e seus impasses**: uma análise do caso brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2004.

BORTOLINI, André Luís. Educação básica pública: da garantia do acesso ao desafio da qualidade. *In*: MEDEIROS, Clayton Gomes de; BRASIL, Bárbara Dayana (Orgs.). **Estado, direito administrativo e concretização de direitos fundamentais**: estudos em homenagem à Professora Adriana da Costa Ricardo Schier. Curitiba: Íthala, 2022, p. 33-56.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. 2018. Disponível em: <https://t.ly/veVZW>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

BRAZZALE, Flávia Balduino; MORBINI, Francieli Korquievicz; GUIESELER JUNIOR, Luiz Carlos. Abismo digital: projeções de redução das desigualdades digitais no Brasil. *In*: PASSIG, Andressa; JAYME, Camila Soares Cavassin; PIRES, Joyce Finato (Orgs.). **Direitos fundamentais e novas tecnologias**: estudos em homenagem ao Prof. Marco Berberi. Curitiba: Íthala, 2023, p. 41-54.

BROCHADO, Mariah. **Inteligência artificial no horizonte da filosofia da tecnologia**: técnica, ética e direito na cybernética. São Paulo: Dialética, 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

BUCKINGHAM, David. **Defining digital literacy**: what young people need to know about digital media. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/2748403/Defining_digital_literacy. Acesso em: 18 out. 2023.

BUCKINGHAM, David. **Un manifesto per la media education**. Tradução de Gianna Cappello. Milão: Mondadori Education, 2020.

CATALDI, Alberto. **Metade dos brasileiros acredita que a Inteligência Artificial é uma ameaça aos empregos**. Disponível em: <https://t.ly/bxs35>. Acesso em: 06 nov. 2023.

CRAVO, Daniela Copetti; JOBIM, Eduardo; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.). **Direito público e tecnologia**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira (Coords.). **Inteligência artificial e relações privadas**: possibilidades e desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GUIMARÃES, Edgar; GOFMAN, Bruno. O papel do Estado em períodos de crise econômica e a atividade de fomento. *In*: MEDEIROS, Clayton Gomes de; BRASIL, Bárbara

ra Dayana (Orgs.). **Estado, direito administrativo e concretização de direitos fundamentais**: estudos em homenagem à Professora Adriana da Costa Ricardo Schier. Curitiba: Íthala, 2022, p. 203-217.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado de Bem-Estar Social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 2. ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero no tratamento automatizado de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021.

MACHADO, Dinamara Pereira; CORDEIRO, Gisele do Rocio. Sensatez e vertigem tecnológica: inovando no uso das redes sociais e desenvolvendo uma nova sala de aula. *In*: SILVA, Cláudia Sebastiana Rosa da; RADVANSKEI, Sônia de Fátima (Orgs.). **Vozes da pedagogia 2**: metodologias ativas e inovação. Curitiba: Appris, 2018, p. 141-163.

MORAES, Filomeno. Constituição e democracia no Brasil: riscos e desafios. *In*: SARLET, Ingo; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio (Orgs.). **Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 03-22.

NUSSBAUM, Martha C. **Crear capacidades**: propuesta para el desarrollo humano. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012.

NUSSBAUM, Martha C. Introduction: aspiration and the capabilities list. **Journal of Human Development and Capabilities**, [S.l.], v. 17, n. 03, p. 301-308, 2016.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos**: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Uncertain times, unsettled lives**: shaping our future in a transforming world. New York: United Nations Development Programme, 2022. Disponível em: <https://t.ly/ZLBNH>. Acesso em: 18 out. 2023.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Estado social, desenvolvimento humano e sustentabilidade na América Latina. *In*: SARLET, Ingo; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio (Orgs.). **Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 225-256.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HOLANDA, Marcus Mauricius; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Economia solidária sob a ótica das capacidades humanas de Martha Nussbaum. **Seqüência**, Florianópolis, v. 42, n. 88, p. 01-34, 2021.

RECK, Janriê Rodrigues. **O direito das políticas públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O fomento como atividade da Administração Pública: mecanismo de realização dos direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis. *In*: SARLET, Ingo; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio (Orgs.). **Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 97-125.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; ZILIOTTO, Mirela Miró. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: os impactos do combate à corrupção para afirmação da Agenda 2030 da ONU à luz da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade de Amartya Sen. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 121, p. 13-48, jul./dez. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Federalismo, competência e inclusão social: Brasil um país inclusivo? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 22, n. 01, p. 102-125, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **Simpler**: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2013.

TOPOL, Eric. **Deep medicine**: how artificial intelligence can make healthcare human again. New York: Basic Books, 2019.

ANÁLISE COMPARADA DA PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL EM OBRAS ARTÍSTICAS GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN OBRAS ARTÍSTICAS GENERADAS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Camila Lopes Martins

Sumário: Introdução; 1 A delimitação da propriedade intelectual enquanto direito fundamental; 1.2 A proteção do direito autoral no Brasil; 2 Inteligência artificial e redes neurais; 3 Criação artística gerada por inteligência artificial; 4 Atribuição de autoria: análise de direito comparado; Considerações Finais; Referências.

RESUMO

A produção intelectual, capacidade secularmente atribuída somente aos seres humanos, nas últimas décadas tem também sido conferida às máquinas, especificamente *softwares* de inteligência artificial (IA). No âmbito artístico, os referidos programas têm evoluído de tal forma a gerarem obras complexas, com interferência humana na utilização de algoritmos, ou ainda, de forma autônoma. No tocante ao direito intelectual e a sua proteção enquanto direito fundamental, será analisado o entendimento comparado quanto à atribuição de autoria dessas obras. Objetiva-se investigar os impactos da inteligência artificial ao direito autoral artístico e analisar como o ordenamento jurídico brasileiro o ampara, frente à inteligência artificial.

Palavras-chave: inteligência artificial; direito intelectual; obra artística.

RESUMEN

La producción intelectual, una capacidad tradicionalmente atribuida únicamente a los seres humanos, en las últimas décadas también se ha conferido a las máquinas, específicamente al *software* de inteligencia artificial (IA). En el ámbito artístico, estos programas han evolucionado de tal manera que generan obras complejas, con interferencia humana en el uso de algoritmos, o incluso de forma autónoma.

En cuanto a los derechos intelectuales y su protección como derecho fundamental, se analizará la comprensión comparada en torno a la atribución de autoría de estas obras. El objetivo es investigar los impactos de la inteligencia artificial en los derechos de autor artísticos y analizar cómo el sistema jurídico brasileño los apoya, frente a la inteligencia artificial.

Palabras clave: inteligencia artificial; derecho intelectual; trabajo artístico.

1 INTRODUÇÃO

A utilização de sistemas de inteligência artificial tornou-se uma realidade nas últimas décadas, evoluindo de forma a incorporar os mais diversos ramos e atividades da vida cotidiana. Dentre essas atividades, destaca-se a capacidade de produção intelectual, até então atribuída somente aos seres humanos, mas agora, com simples comandos, artes complexas e que demandariam horas de desenvolvimento humano, são rapidamente geradas e ajustadas. Através dessa atualização social, novos impactos jurídicos foram evidenciados.

Diante dessa nova capacidade de produção intelectual, o ramo da atividade artística foi afetado. Foram criados *softwares* de inteligência artificial capazes de gerar obras exímias, equivalentes aos padrões artísticos de pintores e desenhistas renomados. Dentre essas obras, ressalta-se o *Portrait of Edmond Belamy* que fora gerado exclusivamente por IA e vendido em leilão por 432.500 dólares e a obra *Théâtre D'opéra Spatial – 2022*, gerada por IA e editada por um criador humano, a obra foi a vencedora do prêmio “Artes Digitais/Fotografia Digitalmente Manipulada.

Nos dois casos, levantou-se a discussão quanto ao direito de autoria das obras e da mesma forma, dos lucros e vantagens atribuídas ao seu criador. Considerando a necessidade fundamental de proteção ao direito intelectual e objetivamente ao autor, questiona-se: a atribuição de autoria ao resultado dessas atividades, pertencem à IA? ao criador do *software*? Ao interventor dos comandos? Sob essa égide de discussão fundamenta-se a presente pesquisa.

O estudo está calcado no método de investigação dedutivo, analisando a interferência das IA's ao direito intelectual e suas reverberações jurídicas em campo nacional e internacional. Para tanto, adota-se as técnicas de pesquisas bibliográficas e documentais. Consoante ao exposto, no presente trabalho se analisará comparativamente as medidas de proteção ao direito autoral internacional, avaliando-se os entendimentos sob o viés da produção artística gerada através de inteligência artificial e se verificará como o ordenamento jurídico brasileiro ampara o referido direito fundamental no contexto atual.

2 A DELIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Em 1967, em decorrência da Convenção de Estocolmo institui-se um órgão autônomo às Nações Unidas, chamado de Organização Mundial da Propriedade Intelectual, ou OMPI. Na Convenção para o estabelecimento da OMPI conceitua-se propriedade intelectual como sendo a soma de direitos relativos às obras literárias, às

artísticas, às científicas, às invenções, aos desenhos e aos modelos industriais, entre outros. Submetendo-se todos à proteção da concorrência desleal e demais direitos inerentes à atividade intelectual (BARBOSA, 2003).

A aludida proteção visa tutelar a atividade criativa, para isso opta por defini-las em espécies. A proteção jurídica fundamenta-se na necessidade de impedir parasitismos comerciais, em que grandes empresas se apropriam do trabalho criativo e intelectual alheio, para se autopromoverem e usufruírem dos benefícios colhidos pela criação (LIMA; CARNEIRO, 2021).

Além da proteção econômica das criações, Sampaio e Santos (2000) reforçam o papel incentivador que a proteção legal gera para a propriedade intelectual, já que amplia os investimentos nessa seara e estabelece o reconhecimento para aqueles que as desenvolveram. Esse incentivo constata-se tanto no âmbito inventivo, relacionando-se às novas descobertas científicas e tecnológicas, quanto na produção autoral de obras artísticas e literárias.

Resguarda-se à propriedade intelectual o caráter de direito fundamental, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que estabelece em seu artigo XVIII que todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Ainda, de acordo com o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, tem-se a necessidade de proteção à liberdade de expressão, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística (BITAR, 2004).

Quanto à determinação enquanto direito fundamental, Menezes (2007) reforça que:

A proteção à propriedade intelectual constitui-se, antes de tudo, em uma garantia fundamental, postulada ao lado de outras, igualmente importantes, como o direito à vida, à inviolabilidade do domicílio e à propriedade. É matéria constitucional e como tal tem sido tratada dentro da evolução jurídica e política do país.

Em referência à previsão na Carta Magna, Menezes e Oliveira Junior (2012) indicam que a determinação no texto constitucional afirma a fundamentalidade da propriedade intelectual. Proteção arrazoada não exclusivamente pela determinação formal, mas pela alta relevância ao resguardo criativo do autor pelas suas obras. Nesse sentido, se traça um paralelo da propriedade intelectual como direito fundamental de primeira dimensão, em razão da sua conexão com o direito de liberdade.

De forma a permitir uma proteção eficaz à propriedade intelectual, verifica-se a classificação interna desse direito fundamental. Tem-se, portanto, a sua subdivisão em Direito autoral e Propriedade industrial, Wachowicz (2014) explica que:

os primados clássicos da Propriedade Intelectual assentam a diferença entre o Direito Autoral e a Propriedade Industrial como sendo: quanto ao primeiro, a proteção e tutela da comunicação de idéias, da beleza

e dos sentimentos do gênero humano; e quanto ao segundo, o sentido prático e transformador da matéria e da tecnologia que se pretende proteger, criando-se o direito de exploração exclusiva da mesma.

A respeito das distinções entre as duas categorias, Lemos (2005) ressalta que enquanto o direito autoral se aloca dentro do Direito civil e recai sobre programas de computador, obras literárias e artísticas, em contrapartida, a propriedade industrial tem seu estudo sistematizado no Direito empresarial, possuindo caráter utilitário, tratando sobre marcas, patentes e nomes de domínio, por exemplo.

Entretanto, ainda que o fim primordial das produções autorais seja provocar emoções, não é esse o critério exclusivo para definição de um direito autoral. Com relação aos programas de computador, *softwares*, ainda que seu principal fim seja utilitário, o seu enquadramento se dá pelo direito autoral, pois conforme Santos *et al.* (2016) trata-se de “um conjunto organizado de instruções para execução por um computador, expressas em texto literário (obra literária). O programa de computador possui proteção *sui generis*”.

Compreendida a subdivisão acerca da propriedade intelectual, delimita-se que o presente trabalho se concentrará no estudo sobre a espécie Direito autoral, visto que é a subcategoria em que se encontram as obras artísticas. Na sequência, se aprofundará a investigação da proteção jurídica do aludido direito.

3 A PROTEÇÃO DO DIREITO AUTRAL NO BRASIL

Assim como o entendimento jurídico de outros países, Cavalieri Filho (2001) esclarece que o Brasil reconhece o duplo aspecto de proteção do direito autoral: um de natureza patrimonial e outro de natureza moral. Destaca-se que a nomenclatura de direito moral, se refere a manifestação de personalidade do autor, no contexto de expressão do seu espírito criativo. Sob essa lógica o artigo 5º, XXVIII da Constituição Federal estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”, sendo, portanto, o exercício pleno da sua personalidade (BRASIL, 1988).

Como preceituado constitucionalmente, os direitos morais do autor se expressam de várias formas. Quanto aos elementos antes da divulgação verifica-se: o direito ao inédito; e o direito de nomeação e paternidade. A primeira, fundamenta-se na correlação entre obra e personalidade do autor, conforme previsão do Art. 7º da Lei de direito autoral, se verificando na prerrogativa do autor em decidir quando e onde publicar a sua obra. Enquanto a segunda categoria, é o direito do autor em ter o seu nome mencionado na obra (SANTOS; *et al.*, 2016).

E após a publicação compreendem-se três formas de expressão do direito moral do autor: direito à integridade da obra, direito de modificação e o direito de retirada de circulação (SANTOS; *et al.*, 2016). Verifica-se, portanto nas expressões vistas, o poder do autor de manter-se ligado à obra e de decidir a forma e tempo de veiculação da sua criação.

Além da proteção moral do autor, resguarda-se o seu direito patrimonial sobre a obra, nesse sentido Cavalieri Filho ressalta que:

O direito patrimonial do autor tem por conteúdo o aproveitamento econômico da obra, que se opera através de sua reprodução, publicação, apresentação ou utilização remunerada. Esse direito, embora a lei o atribua com exclusividade ao autor (art. 28), pode ser por ele transferido a terceiros, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, por meio de autorização, concessão, cessão e outros meios jurídicos (arts. 49 e 50). Cede-se a obra, ou a sua exploração econômica, mas a autoria nunca.

Portanto, no âmbito do direito patrimonial, o autor possui o direito exclusivo de usar, fruir e dispor da obra intelectual, é o que preceitua o artigo 28 da Lei de Direitos Autorais (LDA). Além disso, Menezes (2007) destaca a independência das formas de utilização das obras intelectuais, preceituadas pelo artigo 31 da Lei de Direitos Autorais, permitindo ao autor, explorar individualmente cada um dos direitos patrimoniais que possua sobre a obra, isso significa, auferindo lucros de diferentes fontes, conforme a sua autorização.

Verifica-se a partir das considerações trazidas, que a Lei de Direitos Autorais, LDA, reforça a dúplici proteção do autor. Entretanto, conforme Paulichi e Wolowski (2021) a Lei não regula situações que poderiam advir com o uso da internet, ou ainda, trazendo para a atualidade, da utilização de programas de computador que possuem capacidade de criar obras a partir de bases de dados pré-existentes.

Nesse sentido, insta avaliar que a LDA é de 1998, sendo anterior aos avanços sociais tecnológicos que vivenciamos e que quanto ao caráter de autor, em seu artigo 21, a Lei atribui tal possibilidade exclusivamente às pessoas físicas (BRASIL, 1998). Considerando esses elementos, tem-se a necessidade de compreensão do amparo do direito autoral frente aos avanços da inteligência artificial, conforme se analisará na sequência.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REDES NEURAI

Há poucas décadas, sistemas com inteligência artificial deixaram de ser elementos futuristas em obras cinematográficas, para aos poucos, tornarem-se parte das

mais variadas áreas da vida cotidiana. Esses sistemas são empregados em vários ramos e áreas do conhecimento e o resultado do seu uso pode variar de planejamentos terapêuticos até obras de cunho literário ou artístico (SCHIRRU, 2019).

Ao definir a inteligência artificial, ou IA, McCarthy (2017) indica ser a ciência e engenharia de desenvolver máquinas inteligentes. Aproxima-se da tarefa de usar computadores para compreender a inteligência humana, entretanto a IA não se limita ao funcionamento biológico humano. De acordo com o autor, inexistem até o momento formas de definir a inteligência senão comparado à mente humana, dessa forma inexistem precisão quanto ao potencial de uma inteligência por máquina.

Ainda quanto à definição de IA, Kurzweil (1990) estabelece como sendo a arte de criar máquinas que executam atividades que para serem realizadas por humanos demandam inteligência. Pode ser entendida também como o empenho de tornar computadores em máquinas com mentes (HAUGELAND, 1985). Ou ainda, como definiu a Comissão Europeia de Inteligência Artificial: trata-se de sistemas que desenvolvem um comportamento inteligente, pois são capazes de alcançar objetivos específicos, com pouca ou nenhuma atuação humana através das análises que realizam (COMISSÃO EUROPEIA, 2018)

A respeito da forma de funcionamento da IA, Kaufmann e Santaella (2020) explicam simplificadamente a técnica de *deep learning*, derivada da característica de aprendizado das IA, o *machine learning*:

[...] *deep learning* (aprendizado profundo, DL), inserido no subcampo da IA denominado de *machine learning* (aprendizado de máquina, ML). Em 1959, Arthur Lee Samuel, pioneiro norte-americano no campo de jogos de computador e IA, enquanto funcionário da IBM, cunhou o termo *machine learning*, inaugurando um subcampo da IA cuja finalidade é prover os computadores da capacidade de aprender sem serem programados. Evoluindo a partir do estudo do reconhecimento de padrões e da teoria de aprendizagem computacional na IA, o ML explora o estudo e a construção de algoritmos que, seguindo instruções, fazem previsões ou tomam decisões baseadas em dados - modelos elaborados a partir de entradas de amostras.

Dessa forma, depreende-se que o *machine learning* atua como um sistema de algoritmo, permitindo ao sistema processar informações a partir de exemplos prévios, sem a necessidade de uma programação direcionada e específica. Através do aprendizado constante, a cada uso, o sistema amplia a sua base de experiências vivenciadas, se adaptando interativamente (PAULICHI; WOLOWSKI, 2021).

Considerando que o intuito principal dessa pesquisa é o de compreender a aplicação do direito autoral diante da criação artística de *softwares* com inteligência

artificial, não se adentrará no funcionamento técnico e computacional das referidas tecnologias. Entretanto, cabe entender padrões básicos de funcionamento para uma melhor compreensão da temática.

No que tange a articulação de funcionamento das IA's importa compreender que a sua atividade depende dos algoritmos, nesse sentido Hoffmann-Riem (2020) explica que:

Os algoritmos são indispensáveis para a utilização de dados digitais. Algoritmos são - em geral - regras que resolvem certas tarefas em etapas individuais definidas - de forma determinística. Tais algoritmos também existem fora da digitalização, por exemplo, para o controle técnico de máquinas. Para que possam ser utilizados em computadores, os algoritmos devem ser escritos numa linguagem digital - processável por computador - e a tarefa em questão é então processada de acordo com um padrão específico, com a ajuda de passos individuais predefinidos. Na maioria dos casos, os algoritmos individuais são partes de sistemas de decisão digitais complexos, consistindo em software e hardware e incorporados em sistemas de informação socio-técnicos.

Os algoritmos são também chamados de redes neurais, tendo em vista a sua atuação semelhante à de um cérebro humano. Nessa analogia, o algoritmo age como um neurônio, sendo ativado a partir de impulsos, que seriam os *inputs* e reagindo a esse impulso provocando uma ação, os *outputs*. Além dos algoritmos, para o funcionamento da IA também é necessário o *hardware*, equipamento físico pelo qual a IA funciona e finalmente, os dados e informações pelos quais a inteligência artificial atuará. Ressaltando-se que, através da internet, a quantidade de informações disponíveis foi expandida, gerando o que se chama de *Big Data* (BOFF; ABIDO, 2020).

Consolidando os elementos anteriores, se verifica que a Era da informação permite a chamada *Big Data*, ou seja, uma base de dados com bilhões ou trilhões de exemplos de dados e outras milhares ou dezenas de milhares de propriedades dos dados (que são os recursos que servem de base para aprendizado da IA). Considerando a capacidade de aprendizado contínuo das máquinas através do *machine learning* e *deep learning*, os resultados obtidos nos sistemas com inteligência artificial são ainda iniciais se comparados à capacidade que possuem e o seu constante desenvolvimento (BURRELL, 2016).

Partindo dessas premissas, se investigará a forma de utilização da inteligência artificial na produção intelectual, mais especificamente, a artística. Para na sequência se analisar as medidas de proteção ao direito autoral no contexto da inteligência artificial.

5 OBRAS ARTÍSTICAS GERADA POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CRIATIVIDADE E ORIGINALIDADE

O emprego de sistemas de inteligência artificial gera grande interesse econômico, tanto aos envolvidos no uso e desenvolvimento, quanto aos investidores dessas tecnologias. Diante da ampliação do mercado, motivado pelos potenciais lucros e pela possibilidade de agregar novas técnicas, a dedicação técnica foi direcionada às aplicações de IA no campo de obras artísticas, científicas e literárias (SCHIRRU, 2023).

Analizada a alta capacidade de processamento de informações dos *softwares* de inteligência artificial e o interesse econômico na sua utilização para produção artística, objetiva-se verificar nas próximas linhas o processo de criação dessas máquinas. Dar-se-á maior atenção à avaliação dos elementos criatividade e originalidade, por serem critérios necessários para atribuição de autoria em diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro (D'ÁVILA; HOHENDORFF; CANTALI, 2020).

Para averiguar a existência de criatividade nas obras geradas por IA, Wachowicz e Gonçalves (2019) ressaltam a necessidade de dois elementos: originalidade e efetividade. Acerca da originalidade, poderia se esperar que os resultados obtidos através de algoritmos pré-determinados e direcionados gerassem resultados previsíveis, entretanto essa não é a regra.

Os resultados gerados pela IA nem sempre são previsíveis, tendo em vista o *modus operandi* desses sistemas, que compreendem o uso de *machine e deep learning*, razão pela qual usam combinações de dados diferentes e produzem resultados inesperados. Nesse enfoque de atuação, se poderia dizer que não há originalidade nas criações feitas por IA, pois todo trabalho que produz é derivado de alguma informação dos *inputs* recebidos (WACHOWICZ E GONÇALVES, 2019). Todavia, conforme conclui Castro Junior (2013), se utilizarmos esse critério como base, nenhuma criação humana seria criativa, pois deriva da justaposição de informações prévias, obtidas de suas experiências de vida.

E quanto ao segundo critério para definição da criatividade, qual seja, a efetividade, Gonçalves e Lana (2019) indicam que “já com relação ao segundo aspecto, da efetividade, para uma obra ser considerada criativa ela deve ser vista como uma criação artística valiosa pela comunidade na qual ela foi publicada”.

Sua aceitação pode ser verificada em dois exemplos emblemáticos. O primeiro trata-se da obra artística denominada “O Retrato de Edmond de Belamy”, criada em 2018. A aludida obra foi comercializada por 432.500 dólares em uma famosa casa de leilões de arte contemporânea em Nova York. Esse caso representa um marco histórico autêntico, pela demonstração do interesse de demanda e oferta em obras desse gênero (MANGIOLARDO; ALMEIDA; VITA, 2020).

E mais recentemente o caso, da obra *Théâtre D'opéra Spatial*, criada por inteligência artificial em 2022. A obra venceu o prêmio na categoria “fotografia digitalmente manipulada”, no estado do Colorado nos Estados Unidos. O “criador” da obra, Jason Allen, utilizou-se do programa Midjourney, segundo ele, realizando mais de novecentas tentativas e então manipulando-a digitalmente até alcançar o resultado pretendido (RIBEIRO; MATOS, 2022).

A partir do exposto, verifica-se que o funcionamento de sistemas com inteligência artificial na produção artística possuem capacidade criativa, porquanto expressam originalidade e efetividade em suas obras. Nesse sentido, D’ávila, Hohendorff e Cantali (2020) concluem que:

[...] pode-se entender que a obra intelectual criada pelos seres humanos é baseada em obras alheia ou seja, a inspiração de um autor humano em seu processo criativo provém de informações, estudos e experiências apreendidas sua vida. Se é esse o caso, não seria possível dizer que a artificial, quando faz uso do learning, ou do deep também coletando informações de bancos de dados e aprendendo, tendo suas próprias experiências ao longo do seu desenvolvimento? Não seria exatamente o mesmo processo de aprendizado que os seres humanos efetuam para a criação de espírito tão necessária à caracterização de um autor e que geram consequentemente a criatividade e a originalidade? Deste modo, tratando uma inteligência artificial forte o suficiente para realizar esse processo criativo, a obra terá originalidade e assim, será ela passível de ser de direito autoral.

Compreendida a capacidade criativa das IA's, permanece a necessidade de averiguação acerca das formas de utilização desses sistemas para produção de obras artísticas. Sobre esse prisma, tem-se quatro usos possíveis da IA. No primeiro deles a IA possui caráter exclusivamente instrumental, sendo o processo criativo atribuído totalmente ao operador humano. No segundo, as obras são geradas pela IA, mas são aceitas ou rejeitadas pelo humano que avalia os resultados (CASTRO; *et al.*, 2020).

Já os últimos dois tipos compreendem uma menor interferência humana. No terceiro, chamado de “força bruta”, é gerado o máximo de combinações possíveis, sem determinações específicas de humanos. E no quarto e último tipo, temos as obras geradas com interferência mínima, o programados ao criar o algoritmo define o parâmetro, mas não tem controle sobre a atuação e resultado da inteligência artificial (CASTRO; *et al.*, 2020).

A partir desses quatros tipos disponíveis para produção de obras por IA, se avaliará o amparo jurídico no aspecto do direito autoral. Ao compreender a possibilidade de sistemas de IA com capacidade criativa, se verificará no tópico seguinte as determinações de direito comparado quanto à atribuição da proteção autoral.

6 ATRIBUIÇÃO DE AUTORIA: ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Como pressuposto para averiguação da autoria das obras criadas com inteligência artificial, se utilizará como base as cinco opções apresentadas por Bingbin Lu (apud ROCHA; *et al*, 2022):

- (A) possibilidade de colocação das obras em domínio público;
- (B) concessão da autoria a uma máquina ou computador equipado com IA;
- (C) abordagem do usuário do computador como autor;
- (D) abordagem do programador como autor de qualquer conteúdo gerado pela IA; e
- (E) abordagem da autoria conjunta entre a IA e uma pessoa (apud ROCHA; *et al*, 2022).

Considerando as cinco opções apresentadas, se verificará o cabimento ou não em diferentes países que, até o momento, se posicionaram ou apresentam legislações correlacionadas a essa temática. Para tanto, se adotará a apresentação em grupos de países, de acordo com as suas determinações.

Nesse sentido, Santos e *et al.* (2022) salientam que “a legislação no Reino Unido, Estados Unidos, União Europeia e Turquia exigem que o direito de autor seja concedido à uma pessoa ou entidade reais”. Ainda mais restritiva, prevê a legislação brasileira, no artigo 11 da Lei de Direito Autoral, que somente pessoas físicas podem ser autores de obras literárias, artísticas ou científicas (BRASIL, 1998). Nessa mesma linha se encontram Canadá e Austrália, ao exigirem que o autor seja um cidadão. Dessa forma, para os países referidos excluem-se as opções “B e E”, que trazem a possibilidade de titularidade autoral às máquinas.

A respeito da União Europeia, insta ressaltar o projeto de Lei chamado “*Artificial Intelligence Act* (AIA), que é a primeira tentativa do Parlamento e do Conselho da UE de promulgar um regulamento acerca de IA na região”. Ainda que seja considerada um avanço quanto à regulação de atividades geradas por IA, as contribuições trazidas pela AIA não abordam, em nenhum momento, a proteção jurídica de criações geradas por inteligência artificial (SULZBACH, 2022).

Quanto à atribuição de autoria às obras geradas por inteligência artificial, os Estados Unidos da América seguem silentes em termos regulatórios. Todavia, existem dois casos, *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* de 1884 e *Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* de 1991, que demonstram o tratamento desse país no sentido de compreensão da criatividade das máquinas, mas avaliando o nível de interferência humana no resultado-fim da obra, ou seja, o uso da tecnologia somente como instrumento para realização do trabalho (D’ÁVILA; HOHENDORFF; CANTALI, 2020).

Ressaltando o entendimento atual dos estadunidenses de que a autoria das obras geradas por IA dependem do nível de interferência humana no resultado, Rocha e *et al* (2022) afirmam que:

[...] no que se refere à Propriedade Intelectual, os EUA par-tem de uma discussão sobre as habilidades criativas da mente. Esse direcionamento também é apoiado pela Austrália. A legislação protege o trabalho intelectual, ou seja, as potencialidades humanas, porém já há uma discussão apontando que a IA começa a se manifestar em processos cognitivos, não sendo referenciados apenas os seres humanos. Por outro lado, no momento em que as obras são criadas com suporte de uma pessoa, este será o autor.

Em contrapartida, o Japão tem aplicado avanços significativos no viés de reconhecer e incentivar a produção artística gerada por IA. Nesse sentido, o país “permitiu que obras protegidas por direitos autorais sejam usadas para treinar ferramentas de IA. Isso levou algumas pessoas a chamarem o Japão de “o paraíso do aprendizado de máquina” (LEMOS, 2023)

Acerca da possibilidade de alocação das obras geradas por IA em domínio público, que na nossa análise atribui-se a categoria de opção “A”, insta ressaltar quais seriam os efeitos práticos dessa colocação, nesse sentido:

A entrada em domínio público de uma obra faz com que não recaiam mais sobre esta os direitos patrimoniais: em outras palavras, e conforme dispõe o art. 14 da LDA60, é possível a tradução, arranjo, orquestração ou adaptação de obra em domínio público. Entretanto, não poderá se opor o titular desta e a outras transformações, desde que não constituam cópia da sua (SCHIRRU, 2019).

Contudo, a opção de alocar as obras geradas por IA em domínio público prejudicariam os seres humanos por trás de sua concepção, tanto na tutela moral quanto na patrimonial. Não haveria compensação pelos esforços dedicados da elaboração do processo criativo e pela dignidade do criador, mas também pela ausência de incentivos econômicos para a realização de novas obras artísticas (SULZBACH, 2022).

Ao analisar os entendimentos atualizados sobre atribuição de autoria nos mais diversos países, concluíram que:

No estudo realizado não foram localizados países que reconhecem os direitos de autor para o usuário do produto ou serviço da IA e alguns países aceitam mais de um entendimento, como Reino Unido,

China e União Europeia, mas o posicionamento que obteve mais respostas foi de que a criação da IA deva pertencer ao domínio público, ou seja, ninguém poderia explorar economicamente com exclusividade, nem mesmo requerer a autoria dela (SANTO; *et al.*, 2022).

Dessa forma, verifica-se os tratamentos divergentes à temática em âmbito internacional, entretanto predominantemente conservadores. Identifica-se o atual entendimento de que a autoria somente pode ser atribuída a seres humanos e que quando esses utilizarem-se de máquinas no processo criativo, a concessão de autoria dependerá da avaliação da participação humana na geração do resultado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto, conclui-se que o direito autoral, enquanto subgênero do direito intelectual, pelo seu caráter de garantia fundamental, necessita de uma ampla e expressa proteção. A referida proteção se fundamenta tanto para resguardar o direito autoral do parasitismo empresarial, quanto para incentivar a realização de novas atividades criativas.

Percebeu-se que a proteção dúplici ao direito autoral encontra respaldo na LDA, reforçando a sua tutela ampliada em âmbito nacional. Entretanto por se tratar de uma legislação anterior aos avanços tecnológicos atuais, não se faz menção ao tratamento autoral de obras advindas da internet, tampouco pelas geradas por inteligência artificial. O texto legal indica que os direitos autorais serão atribuídos exclusivamente às pessoas físicas.

A respeito da avaliação da capacidade criativa de máquinas de IA, constatou-se que os dispositivos atuais preenchem os requisitos de originalidade e efetividade, sendo assim consideradas criativas. O fato de utilizarem *Big Data* a partir de comandos algoritmos, demonstra que as máquinas, assim como os seres humanos, utilizam-se de informações prévias para gerarem resultados criativos, portanto não diminuem o resultado obtido.

Quanto ao direito comparado, verificou-se a divergência no tratamento internacional das obras geradas por IA. Em grande parte, os países que já se posicionaram sobre a temática, entendem que somente pessoas físicas podem ser autores. Ainda, em casos envolvendo a matéria que chegaram nas instâncias judiciais, a atribuição de autoria dependeu da avaliação do grau de participação humana na obra.

Dentre as cinco opções avaliadas na pesquisa para o tratamento do direito autoral no viés da inteligência artificial, verificou-se que a opção mais aceita interna-

cionalmente é a de colocação das obras em domínio público. E que a opção menos adotada é a de atribuição de autoria à máquina ou à inteligência artificial.

Por todo o exposto, conclui-se que a inteligência artificial, enquanto tecnologia disruptiva, revoluciona a sociedade contemporânea em vários âmbitos, entre eles o artístico. Entretanto, as inovações trazidas carecem de regulação, para que direitos fundamentais, como o autoral, possam ser protegidos.

Constatou-se que a temática necessita de amplo e aprofundado debate, tendo em vista os seus efeitos tangíveis à tutela moral e patrimonial do direito autoral e ainda, a lacuna normativa de regulação nacional e internacional. Verificou-se que a legislação brasileira segue silente quanto à definição de autoria às obras geradas por inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade industrial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

BITAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos autorais como direitos fundamentais da pessoa humana. Revista do Curso de Direito, v. 1, n. 1, p. 126-155, 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/489>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BOFF, Salete Oro; ABIDO, Leonardo. O Direito de autor no Brasil de obras produzidas pela Inteligência Artificial. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 23, n. 45, p. 301-317, 2020. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. Big data & society, v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951715622512>. Acesso em: 17 nov. 2023.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de Direito e Pós-humanidade: quando os robôs serão sujeitos de direito. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTRO, Carla Frade de Paula; *et al.* O Direito Autoral e o Uso de Ferramentas de Inteligência Artificial – Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Cadernos de Prospecção, [S. l.], v. 13, n. 4, p. 989, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/32551>. Acesso em: 26 nov. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio; ANOBREZA, I. Direito autoral e responsabilidade civil. Revista da EMERJ, v. 4, n. 13, 2001.

COMISSÃO EUROPEIA. Communication Artificial Intelligence for Europe, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificialintelligence-europe> Acesso em: 18 nov. 2023.

D'ÁVILA, Fernanda Felitti da Silva; HOHENDORFF, Raquel Von; CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência artificial e direitos autorais: Desafios e Possibilidades no Cenário Jurídico Brasileiro e Internacional. Pragmatizes-Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura, v. 10, n. 19, p. 249-273, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pragmatizes/article/view/41210>. Acesso em: 22 nov. 2023.

GONÇALVES, Lukas Ruthes; LANA, Pedro. A autoria de obras tuteláveis pelo direito autoral por aplicações de inteligência artificial no direito brasileiro e português. *In*: Novos direitos intelectuais: Estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia, 2019.

HAUGELAND, John. Artificial intelligence: The very idea. Cambridge: Mit, 1985.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big data e inteligência artificial: desafios para o Direito. Rei - revista estudos institucionais, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 431–506, 2020.. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/484>. Acesso em: 20 nov. 2023.

KAUFMAN, D.; SANTAELLA, L. O papel dos algoritmos de inteligência artificial nas redes sociais. Revista FAMECOS, [S. l.], v. 27, n. 1, p. e34074, 2020. DOI: 10.15448/1980-3729.2020.1.34074. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/34074>. Acesso em: 21 nov. 2023.

KURZWEIL, Ray. The Age of Intelligent Machines. Cambridge: Mit Press, 1990.

LEMOS, Ronaldo. Batalha da IA será travada no direito autoral. Folha de São Paulo, São Paulo, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/artigos/batalha-da-ia-sera-travada-no-direito-autoral/#:~:text=O%20pa%C3%ADs%20permitiu%20que%20obras,obra%20protegida%20para%20esse%20fim>. Acesso em 18 nov. 2023.

LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. Licenciado em Creative Commons. Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/banco/livrodireito-tecnologia-e-cultura-ronaldolemos>, p. 4. Acesso em 21 nov. 2023.

LIMA, Filipe Gutierre Carvalho de; CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. PROPRIEDADE INTELECTUAL: Conceito, Proteção Jurídica e Espécies. 2021. Disponível em: https://www.lareferencia.info/vufind/Record/BR_dcec736ccb34866c150b60b2b05ddc0c. Acesso em: 15 nov. 2023.

LU, Bingbin. A theory of 'authorship transfer' and its application to the context of Artificial Intelligence creations. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, [s.l.], v. 11, n. 1, p. 2-24, 1º Febr. 2021.

MANGIOLARDO, Marla Meneses do Amaral Leite; DE ALMEIDA, Patrícia Silva; VITA, Jonathan Barros. O retrato de Edmond Belamy e a interface entre arte e inteligência artificial: por uma nova definição de autoria e direitos de propriedade intelectual. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, 2020.

MCCARTHY, J. What is artificial intelligence? Disponível em: <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2023.

MENEZES, Elisangela Dias. Curso de direito autoral. Editora del Rey, 2007.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA JUNIOR, Vicente de Paula Augusto de. LIMITES AO DIREITO AUTURAL POST MORTEM. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 11, n. 11, p. 404–428, 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/268>. Acesso em: 25 nov. 2023.

PAULICHI, Jaqueline Silva; WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. O dilema jurídico da propriedade intelectual na inteligência artificial: a máquina poderá ser titular de direito autoral?. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/8086>. Acesso em: 18 nov. 2023.

RIBEIRO, Roberth Ancelmo; MATOS, Marcela Lugão de. Inteligência artificial forte como sujeito de direito e a ética por trás de seu desenvolvimento, 2022.

ROCHA, Uelisson Borges; *et al.* Titularidade dos Direitos Autorais nas Criações com Aplicação da Inteligência Artificial. *Cadernos de Prospecção*, v. 15, n. 4, p. 1124-1140, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/46196/27537>. Acesso em: 21 nov. 2023.

SAMPAIO, M. J. A. e SANTOS, M. M. Direitos de propriedade intelectual na agricultura, 2000.

SANTOS, Jacob, A. *et al* Introdução à propriedade intelectual, direito autoral, direito de software e direito da personalidade, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/porta/portal/resource/pt/una-3829>. Acesso em: 21 nov. 2023.

SCHIRRU, Luca. Direito autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos da IA. Editora Dialética, 2023.

SCHIRRU, Luca. Inteligência artificial e o direito autoral: o domínio público em perspectiva. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITSRIO), 2019. Disponível: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>. Acesso: 22 nov. 2023.

SULZBACH, Sofia Frischenbruder. Direito e políticas relacionadas a obras geradas por inteligência artificial no Brasil e na União Europeia. *Latin American Center of European Studies*, v. 2, n. 2, p. 395-440, 2022.

WACHOVICZ, Marcos. Direito autoral, 2014. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo_marcoswachowicz_direitoautoral_6-1.pdf. Acesso em 16 nov. 2023.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes. Inteligência artificial e criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual. 2019.

DESAFIOS LEGAIS NA INTEGRAÇÃO ENTRE HARDWARE E SOFTWARE NA ERA DO ACESSO

DESAFÍOS LEGALES EN LA INTEGRACIÓN ENTRE HARDWARE Y SOFTWARE EN LA ERA DEL ACCESO

Bruno Meneses Lorenzetto¹

Carla Fernanda Prim Marzani²

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar se a integração de serviços e produtos, em especial dos hardwares e softwares, constituem uma espécie de venda casada e violam práticas concorrenciais. A pesquisa será realizada com base em pesquisa bibliográfica, com o emprego do método dedutivo e da pesquisa exploratória. Dentre os principais resultados, observou-se que é possível a venda conjunta de hardwares e softwares caso justificada a necessidade técnica. Quanto às práticas concorrenciais, foi constatado que é preciso realizar uma análise abrangente, com a aplicação da *rule of reason*, a fim de verificar se de fato há ilegalidade e prejuízos ao consumidor.

Palavras-chave: consumidor; hardware; software.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo analizar si la integración de servicios y productos, especialmente hardware y software, constituye un tipo de vinculación y viola prácticas competitivas. La investigación se realizará con base en la investigación bibliográfica, utilizando el método deductivo y la investigación exploratoria. Entre los principales resultados se observó que es posible vender hardware y software juntos si la necesidad técnica está justificada. En cuanto a las prácticas competitivas, se encontró que es necesario realizar un análisis integral, con aplicación de la *rule of reason*, a fin de verificar si efectivamente existe ilegalidad y daño al consumidor.

Palabras clave: consumidor; hardware; software.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A MUDANÇA DO PERFIL DO CONSUMIDOR; 3. DESAFIOS DO CONSUMIDOR DIGITAL; 4. IMPLICAÇÕES LEGAIS DA INTEGRAÇÃO ENTRE HARDWARE E SOFTWARE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 Pós-doutorando em Direito pela UFPR. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Graduado em Direito pela PUCPR. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação da UniBrasil. Professor de Direito da PUCPR.

2 Mestranda em Direito pela UniBrasil. Pós-Graduada em Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário pela ABDConst. Graduada em Direito PUCPR. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais, tecnológicas e econômicas observadas nas últimas décadas possibilitaram a realização de contratos eletrônicos e informáticos. Com isso, foram procedidas alterações nas formas de consumo e no perfil do consumidor, bem como no que diz respeito à forma como a legislação de proteção ao consumidor é interpretada e operacionalizada. Isso se deve aos novos desafios que precisamos enfrentar para buscar a compatibilização do mundo real e o mundo virtual. A partir do momento que tornou-se trivial a compra de softwares tanto embutidos em hardwares, mas também, de maneira independente, novos desafios jurídicos são apresentados no que diz respeito à relação entre ambos.

No referido cenário, o presente estudo objetiva analisar se a integração de serviços e produtos, em especial dos hardwares e softwares, constituem uma espécie de venda casada e violam práticas concorrenciais. A temática reflete a necessidade de verificar se as novas formas de consumo estão abarcadas pela legislação vigente e se a proteção do consumidor está sendo respeitada.

A pesquisa será realizada com base em pesquisa bibliográfica, com o emprego do método dedutivo e da pesquisa exploratória, a fim de se alcançar conclusões sobre a temática a partir das premissas delimitadas no trabalho. Quanto à abordagem, será qualitativa.

Para tanto, o artigo será dividido em três partes que permitem a compreensão geral do tema. Na primeira parte será abordada a mudança do perfil do consumidor e das formas de consumo da modernidade à era do acesso. Na segunda parte, serão trazidos os desafios do consumidor digital, tais como a vinculação de compra integrada de hardware e software. E, por fim, na terceira parte serão abordadas as implicações legais dessa integração, no aspecto da venda casada e das práticas concorrenciais.

2 A MUDANÇA DO PERFIL DO CONSUMIDOR

A sociedade sofre constantes mudanças no âmbito social e econômico. Mais recentemente, a disseminação da internet passou a impactar significativamente essas transformações. Com isso, notou-se uma intensa alteração no perfil do consumidor e nas formas de consumo.

Na esteira das transformações digitais, o capitalismo também se adaptou, como sempre fez, às necessidades sociais de cada época e lugar. Nesse sentido, Shoshana Zuboff (2021, p. 47-72) aponta como as demandas sociais foram levadas em conta no que a autora chama de primeira, segunda e terceira modernidades.

Na primeira modernidade, Henry Ford foi o pioneiro na percepção das demandas de acesso a bens e serviços dos indivíduos que passavam a fazer parte dos

“tempos modernos”. Em contraponto às fabricantes de veículos de luxo, Ford concentrou seus esforços na produção em massa, ou seja, na produção padronizada de alta escala e a baixo custo (Zuboff, 2021, p. 47). Os produtos, como veículos, eram fabricados e colocados à disposição do consumidor sem consulta a respeito de preferências de cores e designers, a empresa era a responsável pelas escolhas e não o consumidor (Moura, 2018, p. 6).

Nessa sociedade de massa, tornou-se possível fornecer bens e serviços às pessoas que não integravam a elite social, por um preço acessível. Por outro lado, pode-se dizer que o perfil desses consumidores também era padronizado, refletindo a necessidade de corresponder aos seus respectivos papéis na sociedade. A padronização aqui destacada é a da família idealizada, com a mulher exercendo seu papel de mãe e esposa devota, a homossexualidade escondida, a necessidade de se frequentar a igreja, tudo para cumprir com o que era esperado do indivíduo (Zuboff, 2021, p. 51-52).

Na segunda modernidade, despontou a “invasão da Apple”. Primeiro surgiu o Napster, um streaming de música que possibilitava o download de músicas em qualquer computador, o que causou alvoroço na indústria fonográfica e a levou a instilar medo por meio de processos contra usuários da plataforma. Ao perceber a nova característica e a demanda dos consumidores, a Apple buscou conciliar os interesses deles com a indústria fonográfica e lançou o iPod com a plataforma iTunes (Zuboff, 2021, p. 44).

Em menos de uma semana, a Apple quebrou todos os recordes e se tornou a maior empresa de música online do mundo, o que fez os analistas de Wall Street chamarem de “milagre” o crescimento da Apple. Esse “milagre” se traduz pela resposta assertiva aos anseios dos consumidores, os quais diferentemente da sociedade de massa de outrora, agora possuíam um perfil pautado na individualização, que correspondia à demanda: “eu consumo do meu jeito, aquilo que quero, quando quero, onde quero” (Zuboff, 2021, p. 44). A indústria passou a observar as necessidades do consumidor, traçar seu perfil e a produzir produtos conforme esse perfil (Moura, 2018, p. 6).

Diante da possibilidade de individualização a um preço acessível, o capitalismo caminhou rumo a uma terceira modernidade. Nessa terceira modernidade, além da Apple, diversas outras empresas passaram a integrar o cenário, com cursos online, serviços de comunicação como o Gmail do Google e diversos serviços de streaming. Contudo, notaram-se problemas no que se refere à proteção da privacidade, sobretudo quando se descobriu a publicidade do Gmail voltada às comunicações realizadas no serviço (Zuboff, 2021, p. 66).

Os interesses dos indivíduos passaram a ser “previstos” a partir da utilização de algoritmos e acumulação massiva de dados, “como se a vontade das pessoas e suas informações fossem colocadas na linha de montagem de uma fábrica, mas uma

fábrica de inteligência artificial, que, como qualquer fábrica, gera produtos e lucros” (Richa; Fachin, 2023, p. 6). A partir da navegação na internet, o consumidor busca um produto e na sequência é “bombardeado” com várias propagandas sobre o produto pesquisado (Moura, 2018, p. 6).

A partir do desdém da privacidade, muitas empresas alavancaram seus serviços no contexto dessa terceira modernidade. Com o mundo digital adveio a facilidade para adquirir informações e realizar compras online, tudo com apenas um click, de modo que muitas pessoas veem as novas tecnologias como facilitadoras nas questões do dia a dia, sem se atentar ao capitalismo de vigilância por trás de toda essa facilidade (Richa; Fachin, 2023, p. 6).

Uma característica muito presente nesse cenário, são os contratos online ou contratos de adesão. Dentre esses, muitos são caracterizados como *click-wrap*, o que literalmente seria “clicar e embrulhar”, tendo em vista que os consumidores sequer leem o contrato e apenas clicam na opção “eu concordo” (Zuboff, 2021, p. 68). Entende-se que essa modalidade de contrato não deveria ser utilizada para a efetivação de transações complexas, apenas para fins de manifestação de conhecimento acerca de regras de uso de sites (Finkelstein, 2011, p. 207).

Na Idade Moderna, propriedade e mercado eram tidos quase que como sinônimos, em que a troca de propriedade no mercado foi o fundamento da economia capitalista. O mercado fazia referência a um espaço físico, onde as pessoas poderiam adquirir e vender bens. Todavia, desde o final do século XVIII, o termo se desconectou do espaço físico e passou a fazer referência ao ato de compra e venda. Hoje, a propriedade e o espaço físico não possuem mais a mesma importância e ganham novos contornos (Rifkin, 2000, p. 13).

Isso se dá devido a propagação da internet, que possibilitou uma mudança nas relações de consumo devido à superação das barreiras geográficas. O consumidor não precisa mais ir até uma loja física para adquirir um produto, eis que tudo está a um clique de distância. Isso produz uma série de impactos no mercado, tanto no sentido dos meios de produção, de armazenamento, da logística e transporte dos produtos, de modo que a existência da loja física se torna fator facultativo para a concorrência no mercado. As vitrines não são mais necessariamente físicas, e as passagens cobertas de Paris deixam de ter lugar central para a representação do capitalismo, obliterando a haussmannização. Essa nova era é chamada popularmente de era da informação, inovação, comunicação ou era digital. Jeremy Rifkin (2000, p. 14) irá chamá-la de era do acesso.

Na era do acesso, a propriedade continua a existir como direito fundamental, porém deixa de ocupar o espaço de maior relevância no mercado capitalista e, de modo mais difícil, há transferência dessa propriedade entre os consumidores e vendedores. A propriedade, para Rifkin, cederia espaço às redes e ao acesso (Rifkin, 2000, p. 14).

A característica da nova economia são contratos do tipo *leasing* e a concessão de acesso por prazo determinado por meio de aluguel, taxa de admissão, licença de uso ou assinatura. Desse modo, o fornecedor mantém a propriedade e o consumidor passa a utilizar os serviços por meio de servidores que operam em rede (Rifkin, 2000, p. 14).

Um grande exemplo dessa mudança foi a falência da Blockbuster, uma locadora de filmes que chegou a possuir em torno de 70 milhões de clientes ao redor do mundo, mas cedeu espaço às plataformas de streaming, como a Netflix, em razão da mudança de perfil do consumidor e da falta de adaptação às mudanças e à inovação (Dantas, 2015, *passim*).

A possibilidade de adquirir a propriedade sobre o bem ou serviço ainda permanece, mas se nota uma preferência por serviços por assinatura. Isso ocorre em virtude da transformação social e do perfil do consumidor, mas também faz parte do jogo do mercado, em que as empresas constataram a possibilidade de atingir mais pessoas, em razão do barateamento dos custos.

Na economia em rede, as próprias empresas optam cada vez mais por se desfazer dos espaços físicos e preferem alugar. A propriedade sobre os locais e sobre capitais físicos que, no passado, era muito valorizada como investimento, hoje é vista como um gasto da operação e algo obsoleto (Rifkin, 2000, p. 15).

Desse modo, as empresas criam os caminhos da transformação da propriedade para o acesso, com a valorização da propriedade intelectual em detrimento da propriedade física, eis que, a primeira pode ser objeto de concessão de licença de uso. Com isso, vendedores e compradores cedem lugar aos administradores e usuários (Rifkin, 2000, p. 15).

O poder econômico que, antes, se concentrava nas mãos dos proprietários e era mais descentralizado, agora passa a ser centralizado em poucas corporações. Essas corporações que administram o capital intelectual, passam a ditar os termos e condições de acesso ao conhecimento e às técnicas por parte dos usuários (Rifkin, 2000, p. 15).

As relações comerciais na era do mercado eram estabelecidas pela compra do produto, em que se concedia a garantia de livre utilização dos serviços que os acompanhavam. O vínculo entre vendedor e comprador se limitava a esse momento. Contudo, na era do acesso há uma inversão dessas características, onde os produtos passam a ser vendidos com baixos custos e os serviços são ofertados mediante aluguel ou assinatura, de modo a estabelecer uma relação de longo prazo entre os sujeitos da relação (Rifkin, 2000, p. 16).

Não são apenas as empresas que têm mudado seu perfil, da mesma maneira os consumidores passam cada vez a se adaptar à troca da propriedade pelo acesso. Até mesmo itens como carros e eletrodomésticos se inserem nessa cultura de aluguel

a curto prazo. Isso decorre das constantes inovações que incidem sobre os produtos, tornando-os obsoletos rapidamente, de modo que adquirir e acumular perde o sentido (Rifkin, 2000, p. 16).

Denota-se uma mudança geral tanto nos modos de produção e formas de consumo, quanto no perfil do consumidor. O modelo tradicional de disputa por consumidores é superado. No novo modelo, consumidores amplamente conectados interagem entre si e se tornam peça chave na reputação de determinado serviço ou empresa (Morozov, 2018, p. 56-58).

A transformação é fácil de ser enxergada, eis que no modelo anterior, proprietários de hotéis forneciam o serviço de hospedagem, do mesmo modo que companhias de táxis transportavam passageiros. Atualmente, empresas como Airbnb e Uber apenas conectam anfitriões e hóspedes, motoristas e passageiros. Sobretudo, tais companhias possuem um valor elevado de mercado, sem ter uma única propriedade ou carro, isso demonstra as novas características que impactaram a economia (Morozov, 2018, p. 57).

Analistas digitais, como Brian Solis, identificaram uma mudança de perfil do consumidor durante a pandemia da Covid-19. Solis ao analisar o comportamento dos consumidores no meio digital, identificou a Geração C (conectada), caracterizada pelo imediatismo e conveniência. Essa geração, diferentemente do consumidor tradicional, realizava pesquisas online, assistia a resenhas e vídeos no YouTube, principalmente por dispositivos móveis. Os consumidores da geração C buscavam por uma jornada inteiramente digital (Solis, 2020, p. 3).

Com a pandemia e a necessidade de isolamento, identificou-se uma transformação desse perfil de consumidores, com a migração para o que Solis chamou de Geração N (novel). O consumidor “novel” se formou por uma necessidade de conexão digital fomentada no isolamento. Este perfil é impulsionado a comprar por fatores emocionais, somatizados pelo stress pandêmico. Nesse sentido, o crescimento do comércio eletrônico se deu de forma exponencial durante a pandemia (Solis, 2020, p. 4-5).

A publicidade é uma importante ferramenta do capitalismo para fomentar o consumo, eis que projeta insatisfação no consumidor e o desejo de se enquadrar à moda. Diante disso, o crescimento do comércio eletrônico também se deu em razão da influência da publicidade que suscita desejos e “cria” novas necessidades. A sociedade foi adaptada a cultura consumista, de modo que a nova geração se baseia no “Ter” e não no “Ser”, o que é reflexo de uma publicidade ostensiva (Moura, 2018, p. 7).

As relações estabelecidas no comércio eletrônico se dão por meio de contratações eletrônicas, cuja transmissão de dados e manifestação de vontade são operadas estritamente pelo meio virtual. Cabe realizar duas distinções nessas formas de contratação, a diferença entre contrato eletrônico e contrato informático. O contrato eletrôni-

co se refere às contratações realizadas na internet, mas que resultam na entrega de um objeto físico; diferentemente, o contrato informático tem por objeto bens imateriais próprios do ambiente virtual, como hardwares, softwares e antivírus (Teixeira, 2023, p. 126).

O comércio eletrônico se sujeita aos mesmos regramentos impostos ao comércio tradicional no que tange à proteção do consumidor, com a aplicação do CDC, bem como regramentos próprios como o Decreto 7.962/13 e ainda a legislação pertinente aos contratos à distância, como a LINDB (Finkelstein, 2011, p. 210-211; Teixeira, 2023, p. 131).

É possível perceber o esforço no sentido de adaptar a legislação às novas relações de consumo. Porém, e este é um problema que não está restrito ao domínio dos contratos, ele se estende ao campo jurídico como um todo, a mentalidade jurídica da construção legislativa é herdeira de um mundo analógico e, por vezes, não é capaz de acompanhar as inovações tecnológicas. Por isso, tanto a legislação quanto as instituições foram desenvolvidas em torno das relações de propriedade, de modo que diante do cenário de migração da propriedade ao acesso, será preciso revisitar e transformar também a legislação para se adequar às novas relações e à nova economia (Rifkin, 2000, p. 17).

3 DESAFIOS DO CONSUMIDOR DIGITAL

O estabelecimento de relações por meio do comércio eletrônico trouxe diversos benefícios ao consumidor, tais como diminuição de tempo, gama de produtos mais ampla, entre outros. Contudo, também há riscos nessas relações, como a confidencialidade dos dados pessoais, falta de transparência, insegurança tecnológica, cláusulas abusivas, publicidade invasiva (Finkelstein, 2011, p. 226-227). Ainda, podem ocorrer alterações unilaterais, sem o consentimento do consumidor, o que é mais comum em contratos informáticos, devido ao seu objeto.

Nota-se que no comércio eletrônico existem assimetrias entre o consumidor e o fornecedor. As principais assimetrias são: (i) assimetria econômica: a disparidade socioeconômica ocorre da mesma forma que no comércio tradicional entre consumidor e fornecedor; (ii) assimetria informativa: o fornecedor detém um volume muito maior de informação sobre o objeto; e (iii) assimetria tecnológica: o fornecedor possui maior domínio sobre a rede (Finkelstein, 2011, p. 223-224).

Nesse sentido, há uma fragilidade técnica e jurídica do consumidor frente ao fornecedor eletrônico, que impõe termos contratuais complexos que limitam questões de responsabilidade e informação. Diante disso, o consumidor precisaria ter um conhecimento hiperespecializado para estar no mesmo patamar do fornecedor e isso

autoriza a inversão do ônus da prova em demandas judiciais, sobretudo, em casos de falhas em produtos relacionados à internet das coisas ou à inteligência artificial (Miragem, 2019, p. 22)

Essas novas relações de consumo não se limitam à forma como os produtos são fornecidos e ao estabelecimento de contratos pela internet, abrangem também os próprios produtos e serviços que ganham outros contornos a partir das novas tecnologias. Eles podem ser aqueles que já existiam e são aperfeiçoados com a tecnologia ou aqueles que são desenvolvidos em decorrência da tecnologia da informação (Miragem, 2019, p. 10).

Nesse cenário, surgem os bens digitais, os quais podem ser qualificados por ter um conteúdo hospedado na rede e que se vincula a um sujeito determinado. A exemplo, tem-se a moeda digital, fotos, e-mails, livros digitais e outros. Alguns produtos não existem fora da rede, como é o caso de determinados softwares que são adquiridos mediante licença e podem ser de uso por tempo determinado (Miragem, 2019, p. 11). Outros softwares podem não se submeter a tal regime e não ser por tempo determinado e por licença, contudo, com a desmaterialização das relações reais e a potencial ubiquidade da internet, é provável que tal modalidade prevaleça sobre outras mais antigas.

Em se tratando de bens digitais, podem ocorrer restrições ao fornecimento e ao uso em razão de vinculação a determinadas condições técnicas, de modo a “limitar o exercício pleno das faculdades do domínio (uso, fruição e disposição, reivindicação)” (Miragem, 2019, p. 11). Isso pode ocorrer quando o bem somente pode ser acessado por um programa ou hardware específicos, ou em casos em que se estabelece um tempo de duração contratual, como em casos de licença temporária e acesso a serviços de streaming (Miragem, 2019, p. 11).

Há determinados serviços e produtos que incorporam o processamento de dados, o que faz com que sua utilização dependa da tecnologia, como é o caso de produtos “smart” e veículos autônomos. Quando a usabilidade do produto supõe a existência do serviço, ou seja, o hardware somente é funcional com a implementação de softwares, chama-se internet das coisas (Miragem, 2019, p. 13). Muitas vezes o software ainda possui integração com inteligência artificial, a fim de que o sistema possua autonomia e autoaprendizagem a partir da troca e análise de dados (Miragem, 2019, p. 15)

Os hardwares são a parte física do sistema informático. A natureza jurídica atribuída ao hardware é de produto industrial. Logo, consiste em um bem material tutelado pelas normas de proteção industrial. O software é aquilo que dá vida à máquina e, em sentido estrito, consiste em um programa. No cenário jurídico, o software é classificado como um bem imaterial, razão pela qual está abarcado pelos direitos de autor (Paesani, 2015, p. 11-12).

A interdependência entre produto e serviço resulta em uma mitigação do instituto da propriedade, tendo em vista que o consumidor exerce a plenitude sobre o produto, mas, no que se refere ao serviço, esta plenitude sofre diversas limitações. Isso porque o consumidor não pode realizar alterações livremente em razão dos direitos autorais e fica vinculado ao serviço na forma em que é ofertado pelo fornecedor.

A fabricante de tratores John Deere ganhou visibilidade nessa temática, pois, sob o manto dos direitos autorais, limitava as atualizações do software às suas condições e mediante pagamento adicional. Embora as atualizações aumentem a utilidade do produto, o consumidor fica dependente do fornecedor para definir as formas de atualização, bem como pode ser compelido a adquirir um novo hardware quando as atualizações de software não são mais comportadas e geram a obsolescência do produto (Miragem, 2019, p. 13).

Os dispositivos iOS da Apple (utilizados no iPhone, iPad, iPod) também se caracterizam por ter essa vinculação do software ao hardware e operam em um sistema semifechado. A proposta da Apple seria a de oferecer um sistema mais seguro e coeso, a fim de melhorar a experiência do usuário ao custo de sua liberdade para configurar os dispositivos. Desse modo, em princípio, a exposição aos vírus, spams, crimes cibernéticos e outros, seriam menores e aumentariam em sistemas abertos, ao passo que, em sistemas de integração verticalizada, como é o caso da Apple estas ameaças seriam reduzidas. (Vieira de Souza, 2015, *passim*).

A operacionalização de recursos em determinado hardware também ocorre em consoles de games (Xbox) como é proposto pela Microsoft, assim como no Playstation da Sony. Isto acontece também em leitores de e-books, como o Kindle da Amazon (Vieira de Souza, 2015, p. 107, 111, 113). Em se tratando da Microsoft, a vinculação de software ao hardware também já foi objeto de críticas em relação à venda do Windows e do pacote Office, quando não havia a opção de adquirir os serviços de forma separada (Iolovitch, 2008, *passim*).

Além disso, as fabricantes de veículos como a Tesla e a BMW lançaram no mercado veículos que podem operar em piloto automático a partir da utilização da inteligência artificial já embutida no carro, todavia, para o desbloqueio do software que possibilita esse serviço não basta adquirir o veículo, é necessário pagar uma assinatura mensal (Ferreira, 2022, p. 2-4).

A Mercedes-Benz também conta com um serviço semelhante no que tange à assinatura mensal, mas no que diz respeito à aceleração. O proprietário do veículo pode pagar uma anuidade para desbloquear o serviço de “aumento de aceleração” e dispor da capacidade máxima do veículo (Garcia, 2023, p. 1-2).

Na era do acesso, os carros deixam de ser apenas meios de transporte e passam a trazer consigo sistemas cada vez mais complexos de opcionais de navegação, direção e entretenimento. Denota-se que cada veículo possui determinado software

para utilização dos serviços adicionais, de modo que não seria possível, por exemplo, operar o software de uma fabricante em um veículo que não tenha sido produzido por ela em razão das limitações impostas. Assim como a Apple, as restrições impostas pelas fabricantes de veículos “definidos por softwares” se fundamentam em segurança e operacionalidade.

Diversas outras empresas operam o sistema de integração vertical de hardwares e softwares exercendo total controle sobre as atualizações e alterações nos dispositivos, impedindo que o consumidor se desvincule do fabricante e instale softwares alternativos.

Assim como o consumidor precisa de maior proteção frente ao comércio eletrônico em razão da vulnerabilidade e assimetrias constatadas em relação ao fornecedor, do mesmo modo, quando se trata da imposição de aquisição conjunta de hardware e software, faz-se necessário refletir sobre a dimensão normativa que envolve o tema. Diante disso, emerge a discussão a respeito da prática de uma eventual venda casada entre produto e serviço, bem como, questões sobre a adequação das práticas concorrenciais, as quais serão abordadas na próxima seção.

4 IMPLICAÇÕES LEGAIS DA INTEGRAÇÃO ENTRE HARDWARE E SOFTWARE

No início da produção dos computadores (hardwares), os usuários poderiam programar a máquina conforme seu interesse, a partir de livros impressos que continham os códigos dos softwares a serem redigitados no computador. À época, os computadores ainda não tinham conexão com a internet e eram utilizados para outras finalidades. Além disso, as máquinas eram programadas para aceitar softwares de diferentes desenvolvedores (Vieira de Souza, 2015, p. 109).

Por se atribuir maior importância ao equipamento e não tanto aos serviços, o mercado era dominado pelos fornecedores dos hardwares e os softwares eram distribuídos, muitas vezes, de forma gratuita em formato fonte. Com a criação das redes eletrônicas, os usuários podiam reprogramar os softwares e distribuí-los, possibilitando inovação e desenvolvimento. Contudo, a indústria de softwares cresceu e criou formas de proteção do código-fonte (Vieira de Souza, 2015, p. 109).

A possibilidade de criar e alterar os softwares, sem a necessidade de intervenção ou autorização do fabricante, pode ser uma das formas de se utilizar o conceito de generatividade. A generatividade seria, nesse contexto, a capacidade de um sistema criar um conteúdo totalmente novo, independente da supervisão do criador original. Todavia, há uma série de óbices à sua concretização, caso sejam estabelecidas restrições ao sistema (Vieira de Souza, 2015, p. 109-112).

A tensão que surge no referido contexto ocorre entre a liberdade do consumidor realizar adaptações, modificações no software e a segurança e estabilidade que o

desenvolvedor original deveria fornecer, no momento em que torna seu produto disponível no mercado. Ocorre que, essa liberdade decorrente da generatividade pode redundar em problemas relacionados à segurança, tais como vírus, crimes cibernéticos, spams e outros (Vieira de Souza, 2015, p. 109-112).

Nesse sentido, a utilização de softwares livres poderia ocasionar prejuízos à segurança cibernética, com a exposição de dados e informações (Pimentel; Silva, 2014, p. 294) sem que se tenha como definir uma responsabilização nítida do desenvolvedor do software ou do distribuidor em razão da gratuidade. Não se ignora que tais problemas de segurança também possam existir com programas pagos, contudo, a responsabilidade por um defeito ou funcionamento inadequado de um serviço pago nos parece mais fácil de ser estabelecida.

A segurança é um fator de impacto nas escolhas do consumidor. Desse modo, com o aparecimento de problemas a respeito da insegurança em relação à utilização de softwares livres, com a possibilidade de crimes cibernéticos, o consumidor se vê motivado a migrar para sistemas fechados, mesmo que isso signifique renunciar à sua liberdade (Vieira de Souza, 2015, p. 112). Com vistas ao interesse dos consumidores em aumentar sua segurança na rede, a oferta de sistemas fechados e de integração vertical vêm crescendo nesse cenário, com a venda de hardwares e softwares integrados.

Em soma à essa integração, também são ofertados determinados serviços, formando o que se chama de “ecossistemas de produtos” ou “ecossistemas digitais” (Vieira de Souza, 2015, p. 11). O ecossistema proporcionaria, em princípio, maior segurança e coesão, mas também restringe a experiência do usuário, o qual fica vinculado aqueles serviços, sem a possibilidade de alterar códigos-fontes ou instalar um produto de outro desenvolvedor.

A restrição na forma de utilização de determinado produto, por si só, não caracteriza necessariamente a prática abusiva como a venda casada, a qual é vedada pelo CDC (art. 39, I). A venda casada ocorre quando há imposição de compra de determinado produto ou serviço vinculado a outro produto ou serviço. Isso pode ocorrer pela via contratual tradicional ou pela via tecnológica, quando há integração do design do produto (Saito, 2016, p. 157).

Para não incorrer em práticas abusivas, o fornecedor precisa previamente conceder todas as informações acerca de tais restrições e dos termos contratuais, a fim de que o consumidor possa compreender a utilidade e forma de fruição do bem a ser adquirido. Apenas em um cenário em que o dever de informação não for cumprido é que se poderá falar em prática abusiva e na invalidação de cláusulas contratuais (Miragem, 2019, 11-12).

Desse modo, poderá haver a venda conjunta de produto e serviço diante de justificativa técnica inerente às características ou à natureza do contrato, bem como

devem ser seguidas as regras do CDC com relação à publicidade, informação e a indicação das restrições, para não caracterizar vício de consentimento do consumidor.

No que tange à responsabilidade solidária para produtos que possuem relação com a internet das coisas, aplicam-se as mesmas disposições do artigo 12 e 14 do CDC. Portanto, haverá uma responsabilidade mais restrita quando se tratar de fato do produto e uma responsabilidade mais abrangente ao se tratar de fato do serviço (Miragem, 2019, p. 14). Diante disso, eventuais vícios no produto ou serviço, bem como a falta do atendimento do dever de informação podem resultar em responsabilidade solidária do vendedor e do fabricante.

Pode-se compreender, diante disso, que a mera promessa de maior segurança não se enquadra nesses requisitos e poderia caracterizar a venda casada, sujeitando o fornecedor às indenizações cabíveis, salvo se for apresentada devida justificativa, com transparência, sobre a operacionalidade do serviço.

Inexistindo razões técnicas e justificações para a constituição de um ecossistema digital, o consumidor poderá realizar a aquisição de outro serviço que melhor corresponda aos seus interesses. No entanto, deverá arcar com as consequências de exposição aos riscos reais e cibernéticos, caso opte pela utilização de sistemas abertos.

Para além da vinculação do consumidor ao fornecedor e à questão de a máquina só operar com determinado software, existem questões a serem discutidas no que tange à monopolização do serviço. Isso ocorre quando o usuário deseja trocar o serviço porém não encontra um substituto no mercado ou o substituto é do mesmo fornecedor, eis que, o serviço é fornecido por uma rede de fabricantes que se associam em um monopólio.

Comumente a expressão monopólio também é utilizada para empresas que embora tenham concorrentes, exercem posição fortemente dominante no mercado. A exemplo disso, um dos concorrentes do programa Windows é o Linux, contudo este último não oferece ameaça à gigante Microsoft (Iolovitch, 2008, p. 210).

O criador do software detém o monopólio sobre o sistema e é somente ele quem estabelece os critérios para sua utilização (Iolovitch, 2008, p. 212). Diante disso, havendo restrição por parte do titular do software no que se refere à sua transmissão a terceiros ou utilização em outra máquina, o consumidor fica submetido às regras a ele impostas.

A impossibilidade de alteração do software está salvaguardada pelos direitos de autor, tendo em vista que são impostas restrições à alteração do código-fonte e é estabelecida a propriedade sobre aquele serviço ao autor, apenas havendo concessão de licença de uso ao consumidor/usuário. Contudo, não há respaldo para vincular a aquisição de determinado software com o hardware utilizado sem uma justificativa válida.

Quando o titular do software exerce um monopólio sobre determinado serviço, os direitos do autor entram em conflito com os direitos do consumidor e denota-se um abuso do poder econômico, fenômeno que é combatido por lei (Iolovitch, 2008, p. 210), em especial no que se refere à formação de trustes.

Em alguns casos a integração de serviços pode ser benéfica ao consumidor, de modo que as autoridades antitrustes utilizam a *rule of reason* para analisar as condutas das empresas. Para a análise, Saito (2016, p. 160) indica que devem ser consideradas seis questões:

- (i) o representado possui poder de mercado no setor do bem principal?; (ii) o bem principal e o complementar são distintos?; (iii) os produtos são vendidos de forma conjunta?; (iv) a venda casada impede a entrada de concorrentes?; (v) a venda casada gera prejuízos ao consumidor?; (vi) surgem eficiências dessa integração?

Verifica-se a partir da aplicação da *rule of reason* que não basta apenas considerar que a empresa está vendendo produtos conjuntamente ou que ela possui projeção no mercado, mas também questões laterais devem ser levadas em consideração, sobretudo em relação à proteção e ao melhor interesse do consumidor.

Diante disso, fabricantes e fornecedores de softwares estarão sujeitos ao controle das autoridades de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Isso porque as aplicações que prometem determinadas funcionalidades ou somam novas no decorrer do tempo, podem ter implicações relacionadas à matéria concorrencial. Essa situação ocorre quando os interesses do consumidor são afetados, sobretudo, no que tange à liberdade de escolha e quando possa advir o comprometimento da livre concorrência (Miragem, 2019, p. 14).

Portanto, faz-se necessário analisar se os envolvidos na cadeia de fornecimento atenderam às exigências normativas acerca do dever de informação, bem como se há alguma justificativa técnica que implique a venda de hardware, software e serviços de forma conjunta, para que seja descartada ou não a prática de venda casada. Do mesmo modo, é importante realizar uma investigação abrangente com a aplicação da *rule of reason* para verificar se ocorre ou não a violação às práticas concorrenciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar se a integração de serviços e produtos, em especial dos hardwares e softwares, constituem uma espécie de venda casada e violam práticas concorrenciais em um ambiente de grandes transformações no mercado e no consumo.

Foi verificado no início que o perfil do consumidor e as formas de consumo sofreram mudanças no decorrer das últimas décadas. Se no começo da modernidade era valorizada a propriedade sobre bens e estabelecimentos, na era do acesso isso muda e tanto o consumidor como o vendedor passam a ter maior interesse pelo direito de uso provisório sobre determinados bens e serviços. Nesse sentido, a propriedade cede lugar ao acesso.

Constatou-se que o consumidor precisa de maior proteção frente ao comércio eletrônico em razão da vulnerabilidade e assimetrias constatadas em relação ao fornecedor. Foram ressaltados ainda desafios do consumidor digital, como a oferta de bens e serviços integrados, sem a possibilidade de desvinculação do fornecedor.

Analisou-se a necessidade de cumprir com o dever de informação por parte dos envolvidos na cadeia de fornecimento, sob o risco de se caracterizar vício de consentimento do consumidor e a imposição de responsabilidade solidária quanto à reparação de danos.

Por fim, foi observado que a integração entre hardware, software e serviço não necessariamente constitui venda casada. Isso porque é possível a venda conjunta se justificada a necessidade técnica. Igualmente, no que se refere às práticas concorrenciais e à formação de trustes, foi constatado que é preciso realizar uma análise abrangente, com a aplicação da *rule of reason*, a fim de verificar se de fato há ilegalidade e prejuízos ao consumidor.

A tensão entre liberdade e segurança, que já eram observadas no mundo físico e analógico, passam a fixar novos desafios e possuir novos contornos na era do acesso, em que a distinção entre o real e o virtual deixou de ser tão nítida. Com isso, novas reflexões a respeito da vinculação entre hardwares e softwares são fundamentais, para que seja possível a construção adequada de parâmetros normativos que atendam tanto aos aspectos técnicos do desenvolvimento das novas tecnologias, mas também, para que os consumidores não fiquem sem o devido amparo legal, especialmente em sua condição de potencial vulnerabilidade.

NOTAS

- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm > Acesso em: 03 nov. 2023.

DANTAS, Rodrigo. **Economia do acesso e os modelos de negócios baseados em compartilhamento, recorrência e assinatura**. São Paulo: Casa do Código, 2015.

FERREIRA, João Vitor. BMW passa a cobrar aluguel por aquecimento de bancos e outros equipamentos. **Quatro Rodas**. Disponível em: <<https://quatorodas.abril.com.br/noticias/bmw-passa-a-cobrar-aluguel-por-aquecimento-de-bancos-e-outros-equipamentos>>. Acesso em: 14 out. 2023.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA, Tiago. Carros elétricos da Mercedes ficam mais rápidos se o cliente pagar um extra todo mês. **Canal do Xbox**. Disponível em: <<https://canaldoxbox.com.br/carros-eletricos-da-mercedes-ficam-mais-rapidos-se-o-cliente-pagar-um-extra-todo-mes/>>. Acesso em: 14 out. 2023.

IOLOVITCH, Léo. Piratas ou Vítimas? Lei 9.609/98 versus Leis 8.884/94 e 8.078/90. In: **Propriedade intelectual em perspectiva**. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Rodrigo Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 125/2019. Set-Out/2019.

MOURA, Roldão Alves de. Consumo ou consumismo: uma necessidade humana? **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 24, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/931>> Acesso em: 02 jun. 2024.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. Tradução: Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Conceito jurídico de software, padrão proprietário e livre: políticas públicas. **Seqüência** (Florianópolis), n. 68, p. 291-329, jun. 2014.

RICHA, Gustavo Corulli; FACHIN, Jéssica. Os desafios do direito do consumidor frente ao capitalismo de vigilância. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, v. 8, n. 2, jul./dez. 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.48159/revista-doidcc.v8n2.e088>> Acesso em: 02 jun. 2024.

RIFKIN, Jeremy. **La era del acceso**. La revolución de la nueva economía. Barcelona: Paidós, 2000.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na Internet**. Condutas anticompetitivas ou exercício regular do poder econômico? Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial). 236p. Faculdade de Direito, Universidade de

São Paulo. São Paulo, 2016.

SOLIS, Brian. How COVID-19 created a new kind of consumer in just 90 days. **Fast Company**. Disponível em: < <https://www.fastcompany.com/90547627/how-covid-19-created-a-new-kind-of-consumer-in-just-90-days>> Acesso em: 26 nov. 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito digital e processo eletrônico**. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

VIEIRA DE SOUZA, Rosana. Is the (Generative)Web Dead?: Controle e Vigilância em Ecossistemas Digitais de Entretenimento. **Revista Eco-Pós**. Vol. 18, nº 2, p. 106–118, 2015. Disponível em: <https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/2281> Acesso em: 28 nov. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Tradução: George Schlesinger. 1ª Ed. Edição digital: Intrínseca, 2021.

PROTEÇÃO DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NOSSOS DADOS ESTÃO PROTEGIDOS?¹

PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESTÁN PROTEGIDOS NUESTROS DATOS?

Julie Katlyn Antunes Schramm²

Lucas Schramm³

RESUMO

O presente artigo visa analisar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, incluído pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022, ao art. 5º, inciso LXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil. Este dispositivo constitucional é recente no ordenamento jurídico brasileiro, quanto a sua inclusão no rol dos direitos fundamentais, mas já consta no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a qual foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. A pesquisa, portanto, tem por objetivo demonstrar a necessidade de uma preocupação estatal com os dados pessoais, geridos pelos bancos de dados de órgãos públicos, diante da relativização e/ou exclusão legal na obtenção de dados pessoais gerais ou sensíveis para compor estas bases de dados, com o objetivo de cumprir a finalidade do interesse público e a segurança pública. Um equilíbrio entre estes interesses, faz-se essencial quando os dados pessoais de cidadãos e de servidores públicos ficam vulneráveis, em uma realidade onde o compartilhamento de dados é constante entre estes órgãos públicos. Desta forma, não apenas um investimento estatal na segurança de dados, como a publicidade na necessidade de proteção deste direito fundamental, e o treinamento de colaboradores e servidores públicos, mostram-se de fundamental importância.

Palavras-chave: Administração Pública; Consentimento; Dados pessoais; Proteção de dados.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, incluido por la Enmienda Constitucional nº 115 de 2022, al art. 5º, fracción LXXIX

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

2 Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Professora Universitária. Bombeira Militar no Estado do Paraná.

3 Pós-Graduado em Segurança Pública - Faculdade São Braz. Pós-Graduado em Defesa Civil - Faculdade São Braz. Bacharel em Segurança Pública e Redução de Desastres. Graduado em Engenharia da Produção – Unicesumar. Bombeiro Militar no Estado do Paraná.

de la Constitución de la República Federativa del Brasil. Esta disposición constitucional es reciente en el ordenamiento jurídico brasileño, en cuanto a su inclusión en la lista de derechos fundamentales, pero ya está incluida en el ordenamiento jurídico por la Ley N° 13.709/2018, Ley General de Protección de Datos Personales, que se inspiró por el Reglamento General de Protección del Centro de Datos de la Unión Europea. La investigación, por tanto, tiene como objetivo demostrar la necesidad de que el Estado se preocupe por los datos personales, gestionados por las bases de datos de los organismos públicos, frente a la relativización y/o exclusión legal en la obtención de datos personales generales o sensibles para componer estas bases de datos. finalidad de cumplir la finalidad de interés público y seguridad pública. Un equilibrio entre estos intereses se vuelve esencial cuando los datos personales de los ciudadanos y servidores públicos son vulnerables, en una realidad donde el intercambio de datos es constante entre estos organismos públicos. De esta manera, resultan de fundamental importancia no sólo una inversión estatal en la seguridad de los datos, sino también la publicidad sobre la necesidad de proteger este derecho fundamental, y la formación de los empleados y servidores públicos.

Palabras clave: Administración Pública; Consentir; Datos personales; Protección de Datos.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico trouxe facilidades para todos os âmbitos, inclusive o público, a ponto de não ser possível imaginar uma realidade sem a utilização da tecnologia para a realização de tarefas diárias pessoais e laborais.

Nesse contexto, delimita-se o tema do presente estudo à proteção de dados aos órgãos públicos, propondo-se uma investigação além das discussões já superadas sobre a temática quanto a necessidade de legislação, mas visando não apenas apontar problemas existentes, e sim demonstrar os caminhos que as soluções que estão sendo adotadas atualmente indicam.

É que, na presente pesquisa, o principal objetivo está na verificação da preocupação estatal com os dados armazenados em seu banco de dados, diante da relativização e/ou exclusão do consentimento livre e esclarecido na disposição de dados pessoais para compor os bancos de dados estatais, seja dos cidadãos, ou dos próprios servidores públicos.

A Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), entrou em vigor no mês de setembro do ano de 2020, e movimentou o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a realidade na busca de proteção de dados, no Brasil, inclusive em órgãos públicos.

Nesse seguimento, a problemática investigada consiste na indagação quanto à proteção de dados pessoais de servidores públicos e cidadãos, bem como o investimento para a prevenção de incidentes de segurança no tratamento de dados pessoais, considerando que na maioria das vezes estes dados são armazenados de forma compulsória.

A metodologia de pesquisa consiste na investigação em livros, artigos científicos, análise no portal de transparência estatal, bem como na legislação vigente no Brasil.

2 A LEGISLAÇÃO SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

Historicamente, a proteção de dados a nível internacional teve origem no ano de 1970 na Alemanha, no Estado de Hesse, local onde foi promulgada a primeira legislação destinada a resguardar o direito à privacidade em relação à divulgação de informações (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2012, p.58).

Posteriormente, em 1974, nos Estados Unidos entrou em vigor a Lei de Privacidade (Privacy Act of 1974), a qual proibiu a disseminação de registros de indivíduos sem obtenção de seu consentimento explícito (DEPARTMENT OF JUSTICE, 2019).

Essas regulamentações refletem a preocupação contínua em equilibrar a proteção da privacidade com as necessidades legítimas de uso de dados, um desafio comum enfrentado por várias nações em todo o mundo (TEIXEIRA, 2022, p.10).

Em 1995, a União Europeia publicou a Diretiva 95/46/CE, que tratou sobre a proteção de dados e privacidade, determinando um prazo de 03 (três) anos para que os países membros da União Europeia legislassem em seu direito interno sobre tal matéria. Contudo, com a evolução tecnológica notou-se a necessidade de substituição da Diretiva 95/46/CE, e, no ano de 2012, foi iniciado o projeto do novo regulamento, sendo este aprovado.

Refere-se, portanto, ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), Regulamento (UE) 2016/679, o qual entrou em vigor em maio de 2016, passando a ser aplicado dois anos depois, no dia 25 de maio de 2018⁴.

Ademais, direciona-se às empresas ativas na União Europeia, todas aquelas que obtenham ou processem dados pessoais de cidadãos europeus, empresas que tenham relações comerciais com outras empresas localizadas na sede da UE, também serão atingidas por este dispositivo legal. A penalidade para o não cumprimento das disposições previstas no RGPD ou GDPR (na sigla em inglês) são de € 20 milhões ou ainda 4% do faturamento anual (COMPUTERWORLD, 2018).

Destaca-se que “outros países também legislaram sobre proteção de dados como a França, Dinamarca, Portugal, Suécia, Espanha, entre outros” (REINALDO FILHO, 2019). Mas foi no Regulamento Geral de Proteção de Dados, conhecido como GDPR (General Data Protection Regulation em inglês), que o Brasil se ins-

4 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46 / CE (Regulamento Geral de Proteção de Dados).

pirou para a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, legislação esta que será abordada adiante.

O GDPR entrou em pleno vigor em 25 de maio de 2018, após um período de 24 meses de sua publicação. Após esta vigência, as discussões significativas e preocupações expandiram para além da Europa, de modo que todos os países que mantêm relações com a União Europeia, devido à unificação abrangente da legislação de proteção de dados na região e às rigorosas sanções que o regulamento estabelece, atentaram-se à nova normativa (Garrido, 2023, p.49).

Patrícia Garrido (2023, p.49) destaca que o principal objetivo do GDPR foi harmonizar as leis de privacidade de dados em todos os Estados-Membros da União Europeia. Uma característica deste regulamento europeu é que ele se aplica imediatamente a todos os países da UE, dispensando a necessidade de adaptações legislativas internas.

Esta aplicação direta possui a finalidade de preservar a proteção de dados e evitar interpretações equivocadas, em comparação à Diretiva 95/46/CE, o que resultará em maior segurança jurídica aos países da UE, para que tenham um padrão de proteção (TEIXEIRA; GUERREIRO, 2022, p.09).

A regulamentação quanto à proteção de dados se tornou necessária, e isso a nível mundial. É que “o uso da internet se espalhou pelo mundo no final do século XX e causou grande impacto na sociedade moderna” (CAMURÇA; MATIAS, 2021, p.09). Este impacto se deu pela “revolução na forma com que as pessoas se comunicam, trabalham, estudam, deslocam-se” (CAMURÇA; MATIAS, 2021, p.09) frente à utilização frequente do digital.

No Brasil, a segurança e a proteção das pessoas no contexto digital, especialmente no uso de informações pessoais, ainda necessitam de maior atenção, apesar da existência da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabeleceu a privacidade como um princípio fundamental. No entanto, a proteção de dados pessoais foi delegada a uma legislação específica, que foi efetivada com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, conhecida como LGPD, em 2018 (RUARO; SARLET, 2021).

Esta lei entrou em vigor no mês de setembro de 2020, e causou uma grande mudança não apenas no âmbito privado, mas também no público. Para que o cumprimento da LGPD seja efetivo, existe uma autarquia de natureza especial chamada Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), a qual irá realizar fiscalização quanto ao cumprimento da LGPD, conforme dispõe o art. 55-A e seguintes, da LGPD.

Além disso, a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, diante da inclusão pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022, ao art. 5º, inciso LXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil. Adentramos, portanto, no ponto chave desta pesquisa, que é o direito fundamental à proteção de dados.

Contudo, pretende-se delimitar esta investigação na proteção de dados da Administração Pública, de maneira que é possível apontar mais um dispositivo legal que trata desta temática, qual seja a Lei nº 14.129/2021⁵. A referida lei trata da governança digital, e “dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão”, conforme dispõe em seu artigo 1º.

3 A PROTEÇÃO DE DADOS NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Assim como as organizações privadas precisam definir de forma inequívoca e transparente o propósito para o processamento de dados pessoais, as entidades de direito público devem basear o tratamento de dados em finalidades de interesse público e voltadas para o bem comum (GARRIDO, 2023, p.49).

Ao contrário das empresas privadas, as instituições públicas têm a capacidade de aderir aos prazos e procedimentos estabelecidos pelas Leis nº. 9.507, conhecida como Lei do Habeas Data, Lei nº. 9.784, a Lei Geral do Processo Administrativo de 1999, e Lei nº. 12.527, a Lei de Acesso à Informação de 2011. No caso das empresas estatais, o artigo 173 da Constituição assegura a elas um tratamento equivalente ao oferecido às empresas do setor privado (GARRIDO, 2023, p.49).

Manuel Castells (2006, p. 67) entende o termo tecnologia em consonância com Harvey Brooks e Daniel Bell como o emprego de conhecimentos científicos para estabelecer métodos replicáveis de realizar tarefas. Dentro do âmbito das tecnologias de informação, destaca que abarca o conjunto de tecnologias em microeletrônica, computação, telecomunicações e radiodifusão, bem como a microeletrônica. E destaca ainda o seguinte:

Além disso, diferentemente de alguns analistas, também incluo nos domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações. Isso não se deve apenas ao fato de a engenharia genética concentrar-se na decodificação, manipulação e consequente reprogramação dos códigos de informação da matéria viva. Deve-se também ao fato de, nos anos 90, a biologia, a eletrônica e a informática parecerem estar convergindo e interagindo em suas aplicações e materiais e, mais fundamentalmente, na abordagem conceitual, tópico merecedor de maior atenção [...].(CASTELLS, 2006, p.67)

5 Esta lei dispõe a respeito dos princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital visando o aumento da eficiência pública, além de alterar a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

E importante salientar que a engenharia genética faz parte da tecnologia da informação, e, como tal, deve ser protegida, tanto é assim que dados genéticos são considerados dados sensíveis e protegidos por toda normativa que versa sobre proteção de dados⁶.

Dentro da Administração Pública, os dados genéticos são armazenados no que diz respeito aos próprios servidores públicos, como para fins de estudos epidemiológicos, ou ainda para fins de Segurança Pública, neste último pode-se destacar o Banco Nacional de Perfis Genéticos, o qual conta com mais de 175 mil perfis cadastrados (GOVERNO FEDERAL, 2023).

O que define a atual revolução tecnológica não é a centralização de conhecimentos e informações, mas sim a aplicação desses conhecimentos e informações na criação de novos conhecimentos e dispositivos de processamento e comunicação de informações, em um ciclo de *feedback* acumulativo entre inovação e utilização (CASTELLS, 2006, p.69).

Manuel Castells (2006, p. 69) ilustra esse conceito observando o uso das novas tecnologias de telecomunicações nas duas décadas anteriores, as quais passaram por três fases distintas, segundo ele: a automação de tarefas, a experimentação de usos e a reconfiguração de aplicações.

Nos dois primeiros estágios, o progresso da inovação tecnológica possui respaldo na aprendizagem por meio da utilização, de acordo com a terminologia de *Rosenberg*. No terceiro estágio, os usuários passaram a aprender sobre a tecnologia através da prática, o que resultou na “reconfiguração das redes e na descoberta de novas aplicações” (CASTELLS, 2006, p.69).

É que a tecnologia é fundamental para qualquer atividade na atualidade, arriscando dizer que o ser humano já incluiu as novas tecnologias como parte de sua rotina, principalmente no serviço público, no qual sabe-se que possui um grande armazenamento de dados.

Ocorre que um dos pontos preocupantes no tratamento de dados pelos órgãos públicos é o compartilhamento de dados pessoais e o acesso excessivo de agentes públicos, a estes dados, o que pode acarretar no desvio de finalidade constante.

Exemplo disso, é a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, criado pela Lei n.13964/2019, que prevê a interoperação de dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.

6 Não se pretende, nesta pesquisa, discorrer sobre a proteção exclusiva de dados genéticos no âmbito da Administração Pública, mas a sua menção é necessária, pois são dados que compõem seus bancos de dados para diversas finalidades.

Esta prática de compartilhamento, gera insegurança quanto ao princípio da finalidade, um dos princípios essenciais previstos na legislação sobre proteção de dados⁷. Outro exemplo prático que se pode trazer ao presente estudo é o recadastramento biométrico, através do Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2008, o qual resultou em um alargamento significativo das finalidades, diante do armazenamento de dados pessoais (CORREA, 2019) e, que podem afetar os direitos de personalidade.

Entende-se que o objetivo, inicial, do TSE no recadastramento biométrico seria garantir maior segurança nas eleições, para aperfeiçoar a segurança na identificação do eleitor (TSE, 2011).

Utilizada por empresas e instituições, a biometria é um método de reconhecimento individual que se baseia em medidas biológicas e em características comportamentais. As mais comumente empregadas são as impressões digitais, reconhecimento de face, íris, assinatura e geometria das mãos. Mas há outros tipos em estudo e desenvolvimento.

A Justiça Eleitoral brasileira optou pela identificação biométrica por meio das impressões digitais. Com isso o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pretende aumentar a confiabilidade no voto eletrônico, utilizado no Brasil desde os anos 1990. (TSE, 2011)

Desta forma, a identificação do eleitor se faz mediante a coleta de dados biométricos através de sensores que os transformam no formato digital, um sistema pensado para “não deixar dúvidas quanto à identidade de cada votante” (TSE, 2011, p. 07).

Assim, “a tecnologia digital e dos meios de comunicação permite, quase de forma ilimitada, a recolha seletiva e à distância, o armazenamento, a classificação, a recombinação e o cruzamento de uma grande quantidade de informações” (GEDIEL, CORREA, 2006, p. 145). Essa prática possibilita a construção de perfis digitais de inúmeros indivíduos. Contudo, indaga-se sobre o controle do fluxo dessas informações, e as possibilidades de compartilhamento (GEDIEL, CORREA, 2006, p. 143).

O recadastramento do TSE, foi colocado neste tópico como exemplo devido a vigência da Lei nº 13.444/2017. Esta lei criou a Identificação Civil Nacional (ICN), “com o objetivo de identificar o brasileiro em suas relações com a sociedade e com os órgãos e entidades governamentais e privados” (CORREA, 2019).

7 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades [...]. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018.

O artigo 2º desta lei preceitua sobre as bases de dados que o ICN se utilizará, encontra-se neste artigo a base de dados biométricos da Justiça Eleitoral. Esta lei “pretende não apenas identificar toda a população brasileira com base na biometria, mas também, integrar as bases de dados já existentes para as mais diversas finalidades” (CORREA, 2019).

Na mesma lei, ainda se pode observar que haverá um compartilhamento de informações com os órgãos de segurança pública. Portanto, o cadastramento biométrico que visava um propósito, expandiu-se no uso de suas bases de dados para outras finalidades.

Dentro desta perspectiva, pode-se citar o artigo 26 da LGPD, que versa sobre o compartilhamento de dados no Poder Público, tendo em vista que o Poder Público, quando do compartilhamento de dados, deverá seguir o princípio da finalidade, ou seja:

os propósitos especiais que concernem à execução das políticas públicas e que, ao mesmo tempo, a ponderação entre a necessidade da publicidade das informações disponíveis ao acesso garante que os direitos dos titulares sejam respeitados (Garrido, 2023, p.49).

O referido dispositivo ainda prevê que não poderá haver “a transferência dos dados pessoais às entidades privadas é vetada, com exceção das situações em que os dados são acessíveis publicamente ou em que a execução de um serviço ou medida o exigir” (GARRIDO, 2023, p.49).

Já no artigo 27, da LGPD, Patrícia Peck Garrido Pinheiro (2023, p.49) destaca que há uma permissão de interconexão entre bases de dados públicas e privadas, as quais poderão ser “justificadas nas hipóteses de exceção de consentimento da legislação de proteção de dados pessoais, como para a proteção do crédito, proteção da saúde e da segurança pública”.

É certo que a imposição de restrições no âmbito de aplicação desempenha um papel fundamental na atenuação dos impactos econômicos e sociais, porque a conformidade com as demandas estipuladas pela legislação de proteção de dados pessoais acarreta custos substanciais (GARRIDO, 2023, p.38).

Além disso, há uma constante necessidade de encontrar um equilíbrio entre a salvaguarda da privacidade, considerada como um direito individual, e a garantia da segurança pública, a qual constitui um direito coletivo, especialmente quando se trata da obrigação de reforçar o combate contra o crime organizado, a fraude digital e o terrorismo (GARRIDO, 2023, p.38).

E isso porque de um lado temos a proteção de dados dos indivíduos, e do outro lado a Administração Pública que por meio de seus órgãos pretende alcançar o bem comum, e a efetividade do serviço público.

4 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS CUMPRIU O PRIMEIRO PROCESSO SANCIONADOR CONTRA ÓRGÃO PÚBLICO

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), concluiu o primeiro processo sancionador contra um órgão público, sendo que tal informação foi publicada no Diário Oficial da União, do dia 06 de outubro de 2023. A decisão da Coordenação-Geral de Fiscalização (CGF)⁸, referente ao processo administrativo sancionador foi contra o Instituto de Assistência ao Servidor Público Estadual de São Paulo (IAMSPE). (GOVERNO FEDERAL, 2023).

A conclusão da CGF foi no sentido de que o IAMSPE violou o artigo 49 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) ao não manter sistemas seguros para o armazenamento e tratamento de dados pessoais de milhões de servidores públicos do estado de São Paulo e seus dependentes, que utilizam os serviços de apoio à saúde oferecidos pelo órgão (GOVERNO FEDERAL, 2023).

Além disso, ficou evidenciado que o IAMSPE sofreu um incidente de segurança e não comunicou de maneira clara, adequada e oportuna aos titulares dos dados quais informações pessoais poderiam ter sido afetadas por esse incidente (GOVERNO FEDERAL, 2023).

Segundo a informação no próprio site da ANPD, local onde encontra-se a íntegra do relatório da CGF, consta que a falta de clareza, adequação e prontidão na comunicação com os titulares constituiu uma infração ao artigo 48 da LGPD, o qual exige que o controlador de dados pessoais informe à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e aos titulares sobre eventuais incidentes de segurança que possam acarretar riscos ou danos significativos aos titulares (GOVERNO FEDERAL, 2023).

Segundo o relatório, a penalidade pelas infrações cometidas pelo IAMSPE, foi de duas “advertências”, uma para cada violação. A Coordenação-Geral também determinou a implementação de medidas corretivas para mitigar os efeitos das violações da LGPD e prevenir futuras ocorrências.

O IAMSPE foi orientado a desenvolver um cronograma para aprimorar a segurança de seus sistemas de armazenamento e tratamento de dados pessoais, tornando-os menos suscetíveis a incidentes de segurança. Além disso, foi exigido que o comunicado aos titulares fosse atualizado e mantido disponível no site do IAMSPE por no mínimo 90 dias (GOVERNO FEDERAL, 2023).

Nota-se que as legislações mais recentes incorporam novos instrumentos para lidar com os desafios atuais, como a regulamentação baseada no risco e a demonstração de cumprimento das normas legais. É que a proteção de dados pessoais é

8 O relatório da CGF/ANPD do processo da IAMSPE, pode ser consultado na íntegra através do site do Governo Federal, ANPD, no endereço eletrônico “www.gov.br/anpd”, bem como disponível em: < <https://bitlybr.com/ptFXh> >.

vital para proteger a privacidade, a liberdade de informação e expressão, a segurança jurídica e muitos outros aspectos da vida moderna (DONEDA, 2021, p.22).

Ao seguir o mesmo caminho dos países Europeus, ao promulgar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o Brasil se inseriu “em um contexto mundial de vanguarda a respeito da proteção à privacidade” (SANTOS; SANTIAGO, 2022, p. 41). E, por esse motivo, nem mesmo os órgãos públicos estão isentos de causar danos aos titulares de informações pessoais, no tocante aos direitos da personalidade.

“A autoridade nacional responsável pela fiscalização do tratamento de dados pessoais possui caráter autônomo, em virtude disso pode aplicar seus procedimentos fiscalizatórios também ao Poder Público” (GARRIDO, 2023, p.49).

Nesse sentido, que o artigo 29 da LGPD, prevê que a qualquer momento a ANPD poderá solicitar aos órgãos e entidades do poder público “a realização de operações de tratamento de dados pessoais, informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico complementar”, com o objetivo de garantir o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

É notório que o poder público pode ser alvo de ataques cibernéticos, como tem ocorrido nos últimos anos e isso, por obvio, evidencia a vulnerabilidade dos sistemas digitais do governo. Isso tem gerado preocupações entre a sociedade brasileira sobre o aumento do monitoramento em geral e da vigilância estatal em particular.

Ainda que a LGPD verse sobre a proteção de dados em órgãos públicos, a Lei não é aplicada para fins criminais, ou seja, ainda falta regulamentação na proteção de dados pessoais. E esta falta de diretrizes regulatórias definidas para garantir a segurança, além da responsabilização dos detentores de informações, inevitavelmente levará a disputas judiciais (SARLET; RODRIGUEZ, 2022, P. 224).

5 O INVESTIMENTO ESTATAL EM PROTEÇÃO DE DADOS

É importante destacar que além da proteção de dados que é um direito fundamental, um possível incidente com dados pessoais pode afetar também outros direitos, como o direito à privacidade e os direitos da personalidade como um todo, por isso há necessidade extrema de uma atuação na prevenção de incidentes por órgãos do Estado.

O direito à privacidade apareceu como o “direito de uma pessoa de ser deixada só (*right to be let alone*)” (BERBERI, 2022, p.357), através de Samuel D. WARREN e Louis D. BRANDEIS. Essa ideia foi o ponto de partida, que mais tarde foi suavizado pela crescente percepção de que a privacidade desempenharia um papel crucial na realização pessoal e no desenvolvimento da personalidade (DONEDA, 2020, p.32).

Quanto à personalidade, pode-se afirmar que na doutrina são encontrados conceitos, os quais revelam a finalidade de proteção dos direitos da personalidade e que estão vinculadas à pessoa e a sua dignidade, conforme previsão no art. 1º, inciso III, da CF/88 (TARTUCE, 2016, p. 99).

Isso porque os direitos da personalidade são vinculados à dignidade da pessoa humana, e não só previsto no Código Civil, são direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, como preceitua o art. 5º, inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Neste caso, a prevenção é a melhor forma de evitar um possível ataque, e vulnerabilidade dos sites do governo, os quais contém inúmeras informações pessoais e dados sensíveis de todos os cidadãos.

No Paraná, por exemplo, a empresa pública responsável por sites do Governo do Paraná, sistemas de controle da Justiça e informações sobre estudantes e pacientes do Estado é a Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná - Celepar. No próprio site desta empresa há o anúncio quanto ao investimento de 40 milhões de reais, destinados à segurança digital no ano de 2023, justamente por reconhecer que não há mais distinção entre segurança física e digital (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2023).

Além disso, com o objetivo de cumprir a LGPD, a empresa promove treinamento aos seus colaboradores, esse ponto é crucial para que se possa atuar na prevenção de incidentes no tratamento de dados (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, 2023). O treinamento com colaboradores das empresas que atuam no Governo, bem como de servidores públicos em geral se faz necessário, pois desta forma leva-se o conhecimento com que está atuando diretamente com dados pessoais.

Apesar de a LGPD ser recente, e os órgãos públicos estarem se movimentando para cumpri-la, ainda não foi possível notar a preocupação com a prevenção de incidentes, a exemplo da empresa Celepar. Ao procurar nos sites de órgãos do governo e portal da transparência, não se vislumbrou investimento voltado à proteção de dados pessoais e prevenção de incidentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirado no direito europeu, em especial no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é tutela recente no ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se que as instituições ainda estão se adequando a este novo direito e, com isso, as novas regras estabelecidas na legislação.

Não apenas a LGPD, mas outros dispositivos legais disciplinam a governança e o tratamento de dados pessoais nos setores público e privado. Ocorre que a tecnologia vem avançando em alta velocidade, consequentemente os dados pessoais estão cada vez mais vulneráveis em especial os dados armazenados por órgãos públicos.

Esta afirmativa é feita porque pouco se vê publicidade sobre este tema, tanto no investimento do Estado destinado a esta finalidade, como no preparo dos servidores para realizar o tratamento adequado de dados pessoais.

No âmbito público é ainda um pouco mais grave, justamente porque há uma exclusão do princípio do consentimento livre e esclarecido, em vários setores, pela própria legislação e, conforme foi destacado o longo deste artigo, ainda não há uma LGPD para fins de segurança pública, por exemplo.

Desta forma, pode-se afirmar que tanto os dados pessoais dos cidadãos, como dos próprios servidores públicos estão vulneráveis, nos bancos de dados geridos pela Administração Pública. Por esse motivo, mais do que um investimento estatal na segurança de dados, mas também a publicidade e treinamento de servidores sobre o tratamento de dados pessoais, faz-se essencial para preservar o direito fundamental à proteção de dados, bem como prevenir que incidentes ocorram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. ANPD conclui processo sancionador contra órgão público. Disponível em: < <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-conclui-processo-sancionador-contr-orgao-publico>>. Acesso em 06 outubro 2023.

BERBERI, M. A. L.. Disrupção tecnológica e privacidade: algumas reflexões sobre o amanhã. In: ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira (Orgs.). (Org.). Direitos Fundamentais & Democracia: novas abordagens na perspectiva interamericana. 1ed.Porto Alegre: Fundação, 2022, v. 1, p. 353-365.

CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos. MATIAS, João Luís Nogueira. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: análise das práticas obscuras de direcionamento de publicidade consoante a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 26, n. 2, p. 6-23, mai./ago., de 2021.

CASTELLS, Manuel. A nova economia: informacionalismo, globalização, funcionamento em rede. In: CASTELLS, Manuel. A sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I.SP: Paz e Terra, 2006.

CORREIA, Adriana Espíndola. Lei de proteção de dados e a identificação nacional: há antinomias? Conjur - Consultor Jurídico, São Paulo, 18 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/direito-civil-atual-lei-protecao-dados-identificacao-nacional-antinomias>>. Acesso em 22 dez. 2020.

COMPUTERWORLD. GDPR: tudo o que você precisa saber sobre a nova lei de proteção de dados. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2018/05/25/gdpr-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-nova-lei-de-protecao-de-dados/>>. Acesso em: 5 maio 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto Da privacidade à proteção de dados pessoais [livro eletrônico]: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

GARRIDO, Patricia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2023.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, A. E. . Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 47, p. 141-153, 2008.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. Celepar investirá R\$ 40 milhões em 2023 para garantir proteção contra crimes digitais. Disponível em: <<https://bitlybr.com/cLj-Gw>> Acesso em 27 ago.2023.

GOVERNO FEDERAL, SERVIÇOS E INFORMAÇÕES DO BRASIL. Banco Nacional de Perfis Genéticos conta com mais de 175 mil perfis cadastrados. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2022/12/banco-nacional-de-perfis-geneticos-conta-com-mais-de-175-mil-perfis-cadastrados>> . Acesso em 15 setembro 2023.

GOVERNO FEDERAL. ANPD conclui processo sancionador contra órgão público. Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD concluiu processo administrativo sancionador contra o IAMSPE de São Paulo. Disponível em: < <https://bitlybr.com/ptFXh>>. Acesso em: 10 outubro de 2023.

PINHEIRO, Patricia P. Segurança Digital - Proteção de Dados nas Empresas. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2020.

REINALDO FILHO, Demócrito. A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais - uma Análise de seus Aspectos Gerais. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS__UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx>. Acesso em: 21 jun. 2019.

RUARO, R. L.; SARLET, G. B. S. . A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD) - L. 13.709/2018. Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 26, p. 81-106, 2021.

RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade R. Revista da Faculdade de Direito (UFPR), v. 53, 2012.

SANTOS, Paulo Jorge Silva. SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Independência da autoridade fiscalizadora e efetividade da proteção de dados pessoais na sociedade em

rede. Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 27, n. 2, p. 39-62, mai./ago. 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. Civilistica. com - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 8, p. 1-27, 2019.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e os desafios tecnológicos: alternativas para uma estruturação responsiva na era da governança digital. Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 27, n. 3, p. 217-253, set./dez. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TEIXEIRA, Tarcísio. GUERREIRO, Ruth Maria. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo. Editora Saraiva, 2022.

PARTE 7
DIREITOS FUNDAMENTAIS,
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE
E CONSTITUCIONALIDADE

ADPF 635 E A SITUAÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL NAS FAVELAS BRASILEIRAS: DIÁLOGOS ENTRE O ICCAL, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS*

ADPF 635 Y LA SITUACIÓN DE LA LETALIDAD POLICIAL EN LAS FAVELAS BRASILEÑAS: DIÁLOGOS ENTRE EL ICCAL, EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y LOS LITIGIOS ESTRUCTURALES

*Eliziane Fardin de Vargas
Bárbara Santiago de Lima*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Diálogo jurisdicional entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos na ADPF 635; 3. ICCAL, estado de coisas inconstitucional e litígios estruturais na ADPF 635; 4. Conclusão; Referências; I- Apêndice.

RESUMO

O artigo pretende analisar como o Supremo Tribunal Federal (STF) abordou o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 como um litígio estrutural de enfrentamento de um estado de coisas inconstitucional (ECI). Para responder ao problema de pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, tendo como objetivos específicos: 1º) analisar a violação estrutural de direitos humanos, investigando as principais medidas estruturantes estabelecidas na ADPF 635, bem como seu estado atual de cumprimento. Além disso, examina-se a abordagem dialógica do Supremo Tribunal Federal em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, objetivando realizar um controle de convencionalidade e de atender aos padrões protetivos estabelecidos na decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil, e; 2º) investigar como a ADPF 635 foi tratada como um litígio estrutural e reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação à situação de violência e letalidade policial nas favelas, identificando se o procedimento judicial adotado pelo STF representa uma tradução jurídico-cultural do modelo da Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e se contribui para a concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano.

Palavras-chave: *Ius constitutionale commune* Latino-Americano; estado de coisas Inconstitucional (ECI); litígios estruturais.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar cómo el Tribunal Supremo Federal (STF) abordó el caso de la Acción Declaratoria de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 635 como un litigio estructural para hacer frente a un estado de cosas inconstitucional (ECI). Para abordar el problema de investigación, se utiliza el método de enfoque deductivo y el método de procedimiento analítico, con objetivos específicos: 1º) analizar la violación estructural de los derechos humanos, investigando las principales medidas estructurales establecidas en la ADPF 635, así como su estado actual de cumplimiento. Además, se examina el enfoque dialógico del Tribunal Supremo Federal con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de realizar un control de convencionalidad y cumplir con los estándares protectores establecidos en la decisión del caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil; y 2º) investigar cómo se trató la ADPF 635 como un litigio estructural y se reconoció la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en relación con la situación de violencia y letalidad policial en las favelas, identificando si el procedimiento judicial adoptado por el STF representa una traducción jurídico-cultural del modelo de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) y si contribuye a la realización del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano.

Palabras-clave: *Ius constitutionale commune* Latino-Americano; litigio estructural; estado de cosas inconstitucional (ECI).

1 INTRODUÇÃO

Diante do cenário de violência e letalidade policial intrínseco à realidade das favelas brasileiras, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou o Brasil a uma série de medidas de não repetição na sentença do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017), visando a reestruturação das políticas de segurança pública, principalmente no Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, a mora do Estado brasileiro no cumprimento dessas medidas acaba por permitir que violações massivas e generalizadas de Direitos Humanos continuem afetando, principalmente, a população das favelas.

Assim sendo, em 18 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635, a fim de reconhecer e sanar as graves violações a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, resultantes do déficit nas políticas de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, as quais permitiram que as taxas de letalidade durante incursões policiais continuassem em crescimento mesmo após a decisão da Corte IDH.

Em contextos como esse, caracterizados por flagrantes violações de direitos humanos, a proposição de litígios estruturais pode ser considerada uma estratégia perspicaz para buscar, por meio da atuação transformadora da jurisdição constitu-

cional, a correção dos padrões violadores e a superação de um estado de coisas inconstitucional.

Não obstante ao fato de a figura do estado de coisas inconstitucional (ECI) ser uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), esse procedimento judicial pode contribuir para o tratamento de litígios estruturais dentro do contexto brasileiro, desde que haja uma readaptação do modelo, para que se amolde as especificidades ínsitas a realidade e as estruturas normativas, procedimentais e sociais dos problemas estruturais do Brasil. A possível contribuição do ECI é intensificada, notadamente diante da recente tendência de sua incorporação na prática da jurisdição constitucional brasileira. Essa tendência aponta para uma evolução gradual em direção a uma maior abertura e disposição do mais alto tribunal brasileiro a realizar “migrações constitucionais” (ou, de forma mais precisa, traduções jurídicas-culturais) de abordagens procedimentais destinadas a lidar e tratar os litígios estruturais.

No que diz respeito às contribuições do ECI aos problemas estruturais complexos, importa salientar que esse procedimento implica na adoção de uma abordagem jurisdicional dialógica, caracterizada pela emissão de ordens judiciais de natureza mais flexível e pelo subsequente acompanhamento contínuo da fase de cumprimento da decisão, com o objetivo de fomentar a reforma dos conjuntos de instrumentos governamentais envolvidos na violação sistemática e massiva de direitos. A respeito disso, como bem pretende demonstrar o presente estudo, tais características intrínsecas ao ECI podem fornecer alternativas interessantes para o enfrentamento das violações massivas e generalizadas de direitos humanos nas incursões policiais nas favelas do Estado do Rio de Janeiro.

Tendo em vista esse panorama, a partir da análise dos posicionamentos exarados pelos ministros do STF na ADPF 635, o presente trabalho pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: como o STF tratou o caso da ADPF 635 como um litígio estrutural de enfrentamento de um Estado de Coisas Inconstitucional?

A fim de responder tal questionamento, adota-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica. O trabalho encontra-se estruturado em dois capítulos, sendo que no primeiro deles busca-se expor a situação de violação estrutural de direitos humanos, explorando as principais medidas estruturantes estabelecidas em sede de medida cautelar na ADPF 635 e seu atual estágio de (in)cumprimento, além de explorar a (in)existência de uma postura dialógica do Supremo Tribunal Federal com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de realizar um controle de convencionalidade e atender aos padrões protetivos fixados na decisão do caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (2017) vs. Brasil.

No segundo capítulo, almeja-se averiguar, de acordo com a fundamentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 635 foi tratada como um litígio estrutural e reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a situ-

ação da violência e letalidade policial nas favelas, para, a partir disso, identificar se o procedimento judicial adotado pelo STF configura uma tradução jurídico-cultural do modelo da Corte Constitucional da Colômbia e contribui para a concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano.

2 DIÁLOGO JURISDICIONAL ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA ADPF 635

Nesse capítulo, busca-se expor a situação de violação estrutural de direitos humanos nas favelas brasileiras, explorando as principais medidas estruturantes estabelecidas na decisão do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil, além daquelas fixadas em sede de medida cautelar na ADPF 635 e seu atual estágio de (in) cumprimento, por meio de uma análise comparativa entre as decisões e as medidas estipuladas por cada uma delas, além de explorar a (in)existência de uma postura dialógica do Supremo Tribunal Federal com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a fim de realizar um controle de convencionalidade e atender aos padrões protetivos fixados na decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017).

A violência praticada por agentes policiais nas favelas representa um grave problema de violação de Direitos Humanos no Brasil, contrariando a finalidade para qual este órgão foi criado: garantir a segurança da população, em especial daquela que se encontra em situação de vulnerabilidade social. O uso excessivo da força pelos agentes de segurança pública acaba por reforçar o sofrimento da população das favelas com a violência e com a discriminação estrutural, resultando na violação de diversos outros direitos garantidos pela Constituição Federal brasileira e pelos tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, no ano de 2017, o Brasil foi condenado pela Corte IDH em razão de uma série de violações ocorridas durante duas incursões policiais realizadas na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, nos anos de 1994 e 1995. Foi apontado pela Corte IDH na sentença que, durante essas operações, houve a violação dos direitos à vida e à integridade em razão da execução extrajudicial de 28 pessoas, constando nos relatórios policiais o termo “autos de resistência à prisão” como justificativa, além da ocorrência de violação sexual e tortura contra três mulheres, duas delas menores de idade (Corte IDH, 2017, p. 03).

O caso detalha ainda as falhas cometidas durante a investigação e consequente punição dos responsáveis, além de que o foco das investigações estaria voltado para a culpabilidade das vítimas. Esse cenário demonstra a existência de uma discriminação estrutural em desfavor da população das favelas, vistas sob o estigma da marginalização, argumento utilizado como justificativa para o uso excessivo da força

e para sua legitimação, além de dificultar a investigação precisa sobre os fatos ocorridos, contribuindo para a impunidade dos responsáveis (Corte IDH, 2017, p. 03).

As medidas de reparação definidas pela Corte IDH, por unanimidade, foram: 1) conduzir eficazmente a investigação sobre as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e prazo razoável para identificar, processar e punir os responsáveis; 2) iniciar ou reativar a investigação eficaz das mortes decorridas da incursão de 1995; 3) avaliar se os fatos decorrentes de ambas as incursões devam ser objeto de Incidente de Deslocamento de Competência; 4) iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual; 5) oferecer gratuitamente tratamento psicológico e psiquiátrico as vítimas que necessitem, por meio das instituições de saúde, inclusive o fornecimento de medicamentos; 6) promover a publicação da sentença; 7) realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, com a inauguração de duas placas em memória das vítimas na praça principal da Favela Nova Brasília; 8) publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes decorrentes de operações policiais contendo informações atualizadas sobre as investigações que envolvam morte de civis ou policiais; 9) estabelecer os mecanismos normativos necessários para que os policiais figurem como principais suspeitos em casos de mortes, violência sexual ou tortura decorrentes de intervenções, delegando a investigação a um órgão independente e diferente da força envolvida no incidente (Corte IDH, 2017, p. 89-90).

Como medidas de não repetição, a Corte IDH determinou: 1) adoção das medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas que visem a redução da letalidade e da violência policial no Estado; 2) implementação de um curso obrigatório e permanente sobre atendimento de mulheres vítimas de violência sexual destinado a Polícia Civil e Militar do Rio de Janeiro e aos funcionários da rede pública de saúde; 3) adoção de medidas legislativas que permitam que as vítimas e familiares participem de maneira formal e efetiva das investigações dos delitos; 4) uniformização do uso da expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações, devendo serem abolidos os termos “oposição” ou “resistência”; 5) realização do pagamento de indenizações por danos imateriais; 6) restituição ao Fundo de Assistência às vítimas da Corte IDH a quantia desembolsada durante a tramitação do caso; 6) apresentação, no prazo de de um sobre as medidas adotadas para seu cumprimento (Corte IDH, 2017, p. 89-90).

Dessa forma, com o intuito de verificar o andamento do cumprimento das medidas impostas, a Corte IDH emitiu, em 25 de novembro de 2021, o documento de supervisão de cumprimento de sentença, afirmando que até essa data, encontravam-se pendentes de cumprimento pelo Estado brasileiro as seguintes medidas: 1) ponto resolutivo 15, o qual indicava que Estado deveria publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em

todos os estados do país, constando informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente com morte de um civil ou de um policial, no sentido disposto nos parágrafos 316 e 317 da sentença; 2) ponto resolutivo 17, o qual estabelecia que o Estado deveria adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabelecesse metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da sentença (Corte IDH, 2021, p. 18-19).

Também pendentes: 3) o ponto resolutivo 18, que afirmava que o Estado deveria implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde, devendo ser incluídas a sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura e as normas internacionais em matéria de atendimento de vítimas e investigação desse tipo de caso, no sentido disposto nos parágrafos 323 e 324 da sentença; 4) o ponto resolutivo 19, no qual o Estado deveria adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participarem de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da sentença e, por fim, 5) o ponto resolutivo 20, que vinculava o Estado a adoção das medidas necessárias para uniformização da expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial e a abolição do uso do conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial, no sentido disposto nos parágrafos 333 a 335 da sentença (Corte IDH, 2021, p. 18-19).

Diante disso, considerando a reiteração das violações mesmo após a sentença da Corte IDH, o Partido Socialista Brasileiro – PSB ingressou com medida cautelar na ADPF 635, a fim de que fossem reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação das políticas de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade decorrente da atuação policial. Em resposta, em 18 de agosto de 2020 o STF entendeu cabível a ADPF, considerando que se tratava de violação generalizada de Direitos Humanos agrava pela omissão estrutural por parte do Poder Público, exigindo soluções a serem tomadas pelos entes (STF, 2020, p. 02-03).

Ao entender que a violação generalizada seria consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes, configurando graves violações aos Direitos Humanos, o STF afirmou que, no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (2017), a Corte IDH também já havia reconhecido uma

relevante omissão por parte do Estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança, consignando a mora do Estado brasileiro em cumprir com as medidas estipuladas. Dito isso, na tabela em apenso faz-se um comparativo entre: 1) os pedidos realizados pelo Partido PSB na ADPF 635; 2) o deferimento ou não dos pedidos na Medida Cautelar da ADPF 635; 3) o deferimento ou não dos pedidos nos Embargos de Declaração da ADPF 635; 4) o estágio de cumprimento dessas medidas e, por fim, 5) a medida correlata estabelecidas pela Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília (STF, 2020).

Acerca do estágio de cumprimento das medidas deferidas pelo STF, percebe-se que a elaboração de um plano de redução da letalidade, pedido inicialmente indeferido, foi novamente analisado e então deferido, encontrando-se em estágio de cumprimento conforme decisão monocrática de 24 de novembro de 2023, com prazo de 90 dias para apresentação. Essa medida encontra-se em consonância com outra medida estabelecida pela Corte, conforme visto anteriormente, uma vez que ambas objetivam a adoção das medidas necessárias para reduzir a taxa de letalidade no Estado do Rio de Janeiro. Nesse mesmo sentido, apesar de não haver medida correlata específica imposta pela Corte IDH, houve o deferimento da presença obrigatória de ambulâncias nas operações policiais, medida que se encontra em cumprimento através da Lei estadual nº 7.385/2016 (STF, 2023).

Sobre a abstenção do uso de helicópteros, não há medida específica elencada pela Corte IDH, entretanto, essa medida foi deferida pelo STF e encontra em fase de cumprimento, apesar de haver uma discussão acerca da excepcionalidade, isto é, sobre quais seriam as situações excepcionais em que seria permitido o uso de helicópteros pelas forças policiais em operações nas favelas (STF, 2023).

Por outro lado, a medida que visa preservar os vestígios dos crimes não está sendo cumprida pelo Estado do Rio de Janeiro, uma vez que não há nenhuma diretriz para solução desse problema, tendo inclusive medida correlata imposta pela Corte IDH no que se refere a condução eficaz das investigações. Outra medida que não foi cumprida até o momento consiste na determinação de observância de diretrizes específicas que buscam evitar operações policiais próximas a escolas, creches, hospitais e postos de saúde. Essa medida não possui correlação com nenhuma medida imposta pela Corte IDH, mas foi deferida pelo STF na medida cautelar, tendo o Estado alegado dificuldade para abster-se, em situações excepcionais, de intervir nos perímetros de escolas, creches, hospitais e postos de saúde (STF, 2023).

A obrigação de elaborar, armazenar e disponibilizar relatórios das operações, medida correlata com a necessidade de padronizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”, está em andamento e não possui oposição do Estado do Rio de Janeiro. Já em relação a instalação de câmeras e equipamentos de GPS nas fardas, apesar de não haver medida correlata com a Corte IDH,

o Estado do Rio de Janeiro está cumprindo a determinação, inclusive apresentando uma cronologia de instalação desses equipamentos (STF, 2023).

A necessidade de documentar as provas periciais também é uma medida que se encontra pendente de cumprimento, uma vez que o Estado alega necessidade de alteração Constitucional. Nesse mesmo sentido, a Corte IDH definiu que o Estado do Rio de Janeiro deveria conduzir de forma eficaz as investigações, portanto, essa medida também se encontra pendente de cumprimento (STF, 2023).

Conforme decisão monocrática de 24 de novembro de 2023, o STF declarou que se encontra em andamento o cumprimento da medida de investigação autônoma de mortes cometidas por agentes de segurança, medida correlata com a Corte IDH uma vez que fixou a necessidade de estabelecer os mecanismos normativos necessários para os policiais figurem como principais suspeitos em casos de mortes, violência sexual ou tortura decorrentes de intervenções (STF, 2023).

Sobre a participação das vítimas e/ou dos familiares nas investigações, essa medida também possui semelhança com o que foi estabelecido pela Corte IDH, não havendo oposição pelo Estado do Rio de Janeiro, que garante que a medida se encontra em andamento. Por fim, acerca da prioridade na tramitação de investigações relativas a mortes de crianças e/ou adolescentes por ação policial, o Estado do Rio de Janeiro não apresentou cumprimento, pois entendeu que a medida ultrapassa sua capacidade institucional (STF, 2023).

Dessa forma, a partir da tabela, percebe-se que a fixação de padrões protetivos é uma característica comum entre as decisões da Corte IDH e do STF, uma vez que buscam, com suas medidas, trazer soluções aos problemas que envolvem a segurança pública. Além disso, percebe-se que algumas medidas estão correlacionadas, tendo inclusive o STF citado alguns trechos da decisão do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil na decisão da ADPF 635 como argumento e como referência, configurando um diálogo entre Cortes.

Essa postura dialógica entre STF com a Corte IDH, a fim de realizar um controle de convencionalidade e atender aos padrões protetivos fixados na decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil ocorre em razão de a Corte IDH atuar como guardião do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo competente para julgar casos em que haja violação de Direitos Humanos, construindo assim um sistema multinível de proteção. Para que isso seja possível, é necessário que esse controle de convencionalidade ocorra, garantindo que prevalecerá a norma mais benéfica aos Direitos Humanos, com a atuação das Cortes em um sentido de complementariedade (Moraes; Leal, 2021, p. 39).

Nesse sentido surgem as teorias da margem de apreciação nacional, uma vez que o Princípio da Soberania Estatal deve ser equacionado, principalmente quando há diálogo entre Cortes na busca pela proteção aos Direitos Humanos, uma vez que

o Estado também deve possuir condições de decidir sobre o tema. Para tanto, a margem de apreciação nacional:

[...] configura-se como um espaço de manobra reconhecido pelas Cortes Internacionais – no caso do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – que, considerando aspectos culturais e sociais envolvidos na questão, entendem que o Estado possui melhores condições de decidir sobre a temática. Não se trata de uma autorização para que instrumentos internacionais sejam violados, mas sim da possibilidade de que o Estado, de forma fundamentada, decida questões específicas com base nas referidas condições e realize uma ponderação entre os direitos envolvidos (Moraes; Leal, 2021, p. 192).

Por fim, considerando uma perspectiva de proteção multinível de direitos, a partir de controle de constitucionalidade, o diálogo jurisdicional entre STF e Corte IDH permite a fixação de padrões protetivos comuns na busca pela melhor forma de garantir os Direitos Humanos. Diante disso, no próximo capítulo será estudado o Estado de Coisas Inconstitucional, levando em consideração a situação da violência e letalidade policial nas favelas, buscando identificar se o procedimento judicial adotado pelo STF, a partir da fundamentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF 635, configura um litígio estrutural e traduz o modelo jurídico-cultural da Corte Constitucional da Colômbia e se contribui para a concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano.

3 ICCAL, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA ADPF 635

Diante de massivas violações de direitos humanos, como é o caso da situação da segurança pública e dos altos índices de violência e letalidade policial nas favelas brasileiras, a propositura de litígios estruturais pode ser considerada uma estratégia hábil de busca, por intermédio da atuação da jurisdição constitucional transformadora, pela correção dos padrões violadores e da superação de um estado de coisas inconstitucional (ECI).

A contribuição para o aprimoramento das respostas jurídicas em casos complexos como esse, decorre do fato de que o tratamento da questão como um litígio estrutural, de natureza complexa, exige uma gestão processual distinta do modelo convencional de prestação jurisdicional (baseado na lógica direito-obrigação-violação-reparação). Nesse contexto de violações estruturais de direitos humanos, a mera reparação individual das vítimas lesadas não é suficiente para impedir a continuidade da sistemática violatória, conforme destaca Vitorelli (2022, p. 353), é imperativo que

nesse tipo de situação se adote uma perspectiva na qual a violação seja considerada como ponto de partida para identificar meios de interromper o comportamento que a desencadeia ou o contexto estrutural que favorece a perpetuação da violação estrutural e sistêmica de direitos humanos.

Sendo assim, diante de um caso de litígios estrutural exige-se uma reforma estrutural, e, para tanto, confere-se às Cortes Constitucionais o papel de emitir diretrizes que norteiem a atuação dos órgãos estatais, contudo, sem que isso implique em uma sobreposição das Cortes Constitucionais aos Poderes Legislativo e Executivo, nem um monopólio da interpretação constitucional, mas sim, uma atividade cooperativa e dialógica, sendo, inclusive, integrada pelos movimentos sociais vinculados ao litígio estrutural (Lima; França, 2021, p. 360).

Assim, a efetiva salvaguarda de um direito manifestado em um litígio estrutural de interesse público transcende a esfera de uma intervenção pontual, circunscrita temporal e espacialmente. Requer, ademais, uma interação contínua entre o Poder Judiciário, demais Poderes e as instituições sociais envolvidas. Tal exigência decorre do fato de que essa espécie de demanda não é solucionada com uma única e isolada sanção condenatória, mas sim, através de uma interrelação que se desdobrará a longo prazo, onde estão constantemente envolvidos no diálogo transformador o magistrado e os diversos atores envolvidos na contenda, tudo isso com vistas na incorporação gradual das reformas estruturais pretendidas com a ação (Lima; França, 2021, p. 360).

É diante da necessidade de incorporar um novo procedimento judicial em relação aos casos de massivas violações de direitos fundamentais que a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) desenvolveu a figura do estado de coisas inconstitucional, pretendendo, a partir da atuação judicial instrumentalizada pelo ECI, impulsionar mudanças sociais significativas e necessárias. No entanto, importa explicitar a conceituação desse instituto jurídico, que, para Campos (2022, p. 434), apoiado nas construções jurisprudenciais exaradas pela CCC, define o ECI como:

a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violações massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Os dois grandes exemplos de reconhecimento do ECI pela CCC são os casos da superlotação do sistema carcerário e da situação população “desplazada” por motivos de violência interna, nesses dois episódios a CCC reconheceu a existência de padrões de violação estrutural de direitos humanos.

Considerando tais pressupostos do ECI, percebe-se a sua intrínseca correlação com o litígio estrutural, uma vez que esse igualmente exige a expedição de ordens judiciais de execução intrincada (decisões estruturais), orientadas para a reformulação de instituições governamentais disfuncionais (Campos, 2022, p. 434). Diante disso, pode-se observar que o estado de coisas inconstitucional fornece o fundamento – reconhecimento da realidade inconstitucional ocasionada por uma omissão estatal – para os litígios estruturais, abrindo a possibilidade para que as Cortes abordem a violação não apenas em uma dimensão individual, mas que a tratem em uma perspectiva estrutural, promovendo mudanças sistêmicas para corrigir as causas subjacentes dessa violação.

Muito embora a figura do estado de coisas inconstitucional (ECI) seja uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), esse procedimento judicial pode contribuir para o tratamento dos litígios estruturais no Brasil, especialmente se considerada a recente tendência da jurisdição constitucional brasileira em realizar uma “migração constitucional” de posturas procedimentais de tratamento de litígios estruturais, especialmente da figura do estado de coisas inconstitucional, procedimento esse que pressupõe uma atividade jurisdicional dialógica, que emita ordens flexíveis e que permaneça encarregada pelo monitoramento da fase de cumprimento integral da decisão, na intenção de promover a reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais (Kozicki; Broocke, 2018, p. 158).

Uma das primeiras ocasiões em que o ECI passa a ser mencionado no âmbito das decisões judiciais brasileiras se deu em 2015, quando o STF proferiu um julgamento pioneiro no qual aplicou o conceito de “estado de coisas inconstitucional” no contexto da ADPF 347. Nesse caso, o tribunal reconheceu que a situação do sistema carcerário brasileiro se encaixava na definição de estado de coisas inconstitucional e estabeleceu uma série de medidas estruturais corretivas. A decisão do STF acabou mencionando em sua fundamentação, inclusive, a decisão da CCC de 1998 (Sentença de tutela – 153), que reconheceu a existência de um ECI em relação às condições desumanas das penitenciárias de Bogotá e Bellavista de Medellín, na Colômbia (STF, 2015, p. 29).

Após o julgamento da ADPF 347, novos litígios estruturais foram levadas ao STF pretendendo o reconhecimento de um ECI, pode-se mencionar como exemplos: a ADPF 709, que pretendia o reconhecimento do ECI diante da má prestação do direito à saúde as comunidades indígenas durante a pandemia da COVID-19 (STF, 2020a); a ADPF 682, que buscava a declaração do ECI em relação ao ensino jurídico superior (STF, 2020b); a ADPF 976, que visava reconhecer que as omissões do Poder Público no que tange ao acolhimento da população de rua resultam em um ECI (STF, 2023). Ainda, o STF reconheceu, através da ADPF 635, que a situação de violência e

letalidade políticas nas incursões realizadas nas favelas do Rio de Janeiro configuram um evidente ECI, trazendo como referência o remédio estrutural colombiano para a resolução desse processo estrutural brasileiro (STF, 2022).

No entanto, diante desses casos em que o STF declara o ECI, espera-se que o mais alto tribunal brasileiro permaneça como responsável pelo monitoramento da fase de implementação das medidas estruturante, executando a função de acompanhar, por meio da realização de audiências públicas constantes, as diversas etapas de implementação da decisão estrutural. Isso pois, a ausência desse acompanhamento compromete a efetividade do ECI, convertendo-o em mera declaração desprovida de eficácia prática (Campos, 2022, p. 445).

Adentrando na análise específica da decisão proferida na ADPF 635, é possível extrair que o STF reconhece a situação das favelas cariocas como um típico estado de coisas inconstitucional, em razão da omissão estrutural do poder público em adotar medidas de redução da letalidade policial; e, em face da natureza da situação, salienta que a situação requer um procedimento jurisdicional distinto, exigindo medidas de cunho estrutural. Face a isso, os ministros igualmente reconheceram a natureza estrutural do litígio ao afirmarem que:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao admitir diversas medidas de natureza cautelar, instrumentaliza a jurisdição constitucional para enfrentar os litígios estruturais que se configuram quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. Isso porque é típico dessas ações a adoção de ordens flexíveis, com a manutenção da jurisdição, para assegurar o sucesso das medidas judiciais determinadas. (STF, 2022, p. 03).

Diante de um caso de litígio estrutural, como bem salienta o ministro Luiz Fux, faz-se necessária uma rearticulação do procedimento judicial, a qual requer:

(1) Técnica decisória mais flexível, baseada no diálogo e na cooperação; (2) atribuição ao governo da atribuição de formulação do plano, com fixação de prazo certo e determinação de alocação de recursos, combinada com a retenção da jurisdição da Corte para acompanhar, dinamicamente, a evolução dessa adequação da política de segurança pública do Rio de Janeiro à Constituição e às leis do país. Por fim, o monitoramento, pela Corte, da observância das diretrizes aqui fixadas envolve: (1) remessa periódica de informações pelas autoridades envolvidas; (2) audiências públicas. (STF, 2022, p. 520)

Diante disso, nota-se que a ADPF 635 tem se alinhado aos pressupostos inerentes ao tratamento dos litígios estruturais, principalmente na fase de cumprimento

das medidas cautelares definidas, seja pelo deferimento complementar das medidas indeferidas em um primeiro momento, pela ampliação do diálogo institucional e com a sociedade civil a partir das audiências públicas realizadas pelo Centro de Soluções Alternativas de Litígios, assim como, devido a criação do Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, e que serve para o acompanhamento e fiscalização da implementação das medidas previstas na decisão do STF (STF, 2022, p. 05).

A ADPF 635 foi remetida aos cuidados do CESAL em 25/04/2023. Instituído a partir da Resolução 790/2022 do Supremo Tribunal Federal, o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Cesal) é um órgão que integra o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos do Supremo Tribunal Federal, esse tem a função de criar um ambiente dialógico onde as partes envolvidas no conflito possam buscar soluções consensuais, auxilia-las na resolução de litígios estruturais e estimular a cooperação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Poder Público (BRASIL, 2022, <www.stf.jus.br>). No que tange as sessões realizadas relativas ao caso da ADPF 635, até o momento de conclusão dessa pesquisa fora realizada apenas uma audiência no dia 04/05/2023 (STF, 2022).

Em decisão proferida pelo STF em 03 de fevereiro de 2022 foram deferidas novas medidas cautelares relativas à obrigatoriedade do estado fluminense em providenciar: 1º) a elaboração de um plano visando à redução da letalidade policial, dentro do prazo de 90 dias; 2º) a criação de um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos localizado no Conselho Nacional de Justiça; 3º) adotar novas diretrizes em relação as abordagens utilizadas em buscas domiciliares; 4º) a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais; e, 5º) a instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos, no prazo de 180 dias (STF, 2022, p. 05-06-07-08).

Considerando, como visto anteriormente, o intenso comprometimento do STF em buscar dar concretização as medidas estruturais já definidas pela Corte IDH sobre a questão, percebe-se que o debate igualmente dialoga com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em exercer, em âmbito interno e em todas as suas esferas de atuação, o controle de convencionalidade (Guerra; Guerra; Silva, 2022, p. 483).

Da mesma forma, o posicionamento do STF está em consonância com a aspiração de um direito comum para a América Latina, conforme proposto pelo projeto do *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* (ICCAL) (Olsen, 2021, p. 216). Isso se deve ao fato de que o STF, ao considerar os padrões regionais de proteção já estabelecidos pela Corte IDH e adotar o procedimento judicial para o tratamento de litígios estruturais, realizando a adaptação da figura do “estado de coisas inconstitucional” da

Corte Constitucional da Colômbia através de uma tradução jurídica-cultural, demonstra um claro alinhamento com a ideia de construir efetivamente um direito comum para a América Latina, conforme proposto pelo ICCAL.

Nesse sentido, Bianca Schneider Van Der Broocke (2021, p. 20) salienta que “o empréstimo do ECI colombiano para a jurisprudência brasileira representa um passo importante na inserção do país no cenário de integração e diálogo horizontal entre ordens jurídicas dos países da América Latina e destes para com o Norte Global”. Diante disso, podemos observar que o STF, ao incorporar padrões de outro Tribunal latino-americano, não só reaproveita um modelo de tratamento de litígios estruturais já desenvolvido, readaptando-o as particularidades brasileiras, assim como, saúda a ideia de integração constitucional entre os países do sul global, expressa pelo movimento do ICCAL.

Em relação a essa “migração” de modelos judiciais, denominada por Serafim e Lima (2021, p. 211) como tradução jurídica-cultural, os autores ressaltam a imprescindibilidade da realização de uma tradução dos institutos jurídicos para a realidade de cada país. Isso se deve ao fato de que o transplante acrítico de modelos decisórios para o ordenamento jurídico brasileiro pode ser um problema, especialmente quando essa importação ocorre com o ímpeto de adotar, de maneira integral, todas as suas características, reproduzindo-as com fidedignidade, sem levar em consideração o contexto original para o qual foram concebidas e a nova realidade na qual se busca implementar. Por esse motivo, os citados autores compreendem a importância do estudo jurídico comparativo, enfatizando, no entanto, que a importação dos institutos deve ocorrer por meio de um processo de tradução jurídica justificada. Isso implica observar os contextos de sua origem (onde foram desenvolvidos) e a realidade para onde serão adaptadas, seguindo as diretrizes metodológicas da similaridade, contextualização e justificação (Serafim; Lima, 2021, p. 211).

Em síntese, a partir da análise da decisão exarada pelo STF, pode-se observar que houve o enquadramento da ADPF 635 como um litígio estrutural de enfrentamento a um estado de coisas inconstitucional, porém, não houve um transplante acrítico do modelo da Corte Constitucional da Colômbia para o Brasil, mas sim, uma tradução jurídica-cultural daquele modelo jurídico procedimental, uma vez que o STF utilizou os *standards* de base daquele modelo, adaptando-o e agregando a ele outras estratégias de tratamento que se fizeram necessárias diante do caso concreto e da realidade brasileira, tais como a criação do Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, e o encaminhamento da demanda ao Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o tratamento da ADPF 635 se deu por um procedimento distinto, especialmente por contar com uma ampla articulação convencional do STF em relação as

medidas estabelecidas pela Corte IDH no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil — postura essa congruente com os objetivos do ICCAL —, por buscar a intensificação do diálogo e da cooperação institucional para a solução do problema a partir de audiências realizadas pelo Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos do Supremo Tribunal Federal e, ainda, a decisão conta com uma fiscalização continuada sobre o estágio de cumprimento das medidas deferidas em medida cautelar (principalmente aquelas relacionadas com a instalação de câmeras nos uniformes policiais), travando um diálogo constante com os órgãos responsáveis pela implementação dessas mudanças e uma contínua fiscalização social do estágio de cumprimento da decisão através da realização de audiências públicas com os grupos envolvidos no litígio estrutural.

4 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo analisar a situação da letalidade policial nas favelas brasileiras e como o Supremo Tribunal Federal abordou esse problema na ADPF 635. Através de uma abordagem dedutiva, procedimento analítico e pesquisa bibliográfica, foi possível identificar que a letalidade policial nas favelas brasileiras é um problema estrutural que viola os direitos humanos.

A decisão do STF na ADPF 635 reconheceu esse estado de coisas inconstitucional e estabeleceu medidas estruturantes para enfrentá-lo. No entanto, o cumprimento dessas medidas ainda é um desafio, e é necessário um esforço contínuo para garantir que os direitos humanos sejam respeitados nas favelas brasileiras.

Além disso, a abordagem dialógica do STF em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamental para garantir a proteção dos direitos humanos na região latino-americana. A pesquisa mostrou que o diálogo jurisdicional entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode contribuir para a concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano e para o aprimoramento de políticas públicas voltadas para o combate da situação de violência e letalidade policial nas incursões policiais nas favelas, especialmente no Estado do Rio de Janeiro (região foco das decisões do STF e Corte IDH).

Por fim, observou-se que o procedimento adotado pelo STF na ADPF 635 foi diferenciado em relação aos casos tradicionais de litígio constitucional. O tribunal reconheceu a natureza estrutural do problema da letalidade policial nas favelas brasileiras e adotou uma abordagem jurisdicional dialógica, caracterizada pela emissão de ordens judiciais mais flexíveis e pelo acompanhamento contínuo da fase de cumprimento da decisão, especialmente através da realização de audiências públicas promovidas pelo Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos

do Supremo Tribunal Federal e pela atuação fiscalizadora do Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã. Essa abordagem permitiu que o STF monitorasse de perto a implementação, por parte dos demais órgãos e poderes públicos, das medidas estruturantes estabelecidas na decisão e fomentasse a reforma dos instrumentos governamentais envolvidos na violação sistemática e massiva de direitos. O procedimento diferenciado adotado pelo STF na ADPF 635 pode fornecer alternativas interessantes para o enfrentamento de violações massivas e generalizadas de direitos humanos em outros contextos, contribuindo para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para a proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 03 de setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 682**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 15 de maio de 2020b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF682.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Distrito Federal. Rel. Min. Edson Fachin, 03 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464940/false>. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautela na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF976MC1.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 08 de julho de 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n. 790**, de 22 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

BROOCKE, Bianca M. Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucionais, sentenças estruturais e a relevância do monitoramento: o caso colombiano. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda da Cunha. **Processo Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 427-448.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), San Jose da Costa Rica, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Supervisão de cumprimento de sentença Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: resolução de 25 de novembro de 2021, San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/favela_nova_25_11_21_spa.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Raquel; SILVA, Raphael Pereira. **O Controle de Convencionalidade pelo STF**: o caso Favela Nova Brasília e a ADPF 635. Revista da Faculdade de Direito, Uberlândia, Minas Gerais, v. 50, n. 2, pp. 454-485, jul./dez. 2022.

KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Scheneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, pp. 147-181, jul/dez 2018.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 15, v. 22, n. 1, p. 350-378, 2021.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Pluralismo no *lus Constitutionale Commune* latino-americano**: diálogos judiciais sobre direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, Francisco Gérson Marques de. Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o Brasil? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 193-216, 2021.

VARGAS, Eliziane Fardin de; OLIVEIRA, Victória Scherer de; LIMA, Bárbara Santiago de. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil e os marcadores de letalidade policial após a decisão: as medidas de não repetição e a proteção de grupos vulneráveis. In: GORCZEWSKI, Clovis; CUSTODIO, André Viana (Org.). **Direito & políticas públicas III**. 1. ed. Porto Alegre: Free Press, 2023. p. 95-117.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 351-398.

I - APÊNDICE

Tabela com a análise das medidas determinadas pela STF na ADPF 635, seu atual estágio de (in)cumprimento e o comparativo com as medidas estruturantes definidas pela Corte IDH no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017).

Pedido realizado na ADPF 635	Deferido ou indeferido pelo STF – Medida Cautelar em 2020	Deferido ou indeferido pelo STF – Embargos de Declaração em 2022	Estágio de cumprimento	Medida correlata estabelecida pela Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil
A) Elaboração de um plano de redução da letalidade	Indeferido	Deferido	Em andamento – conforme decisão monocrática de 24 de novembro de 2023	Adoção das medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas que visem a redução da letalidade e da violência policial no Estado
B) Abstenção do uso de helicópteros	Deferido	-	Em andamento - há discussão acerca da excepcionalidade	Não há medida correlata
C) Vedar a expedição de mandados coletivos de busca e apreensão domiciliar	Indeferido	Deferido em parte	Não há informação	Não há medida correlata
D) Determinar a observância de diretrizes constitucionais nas buscas domiciliares	Indeferido	Deferido	Não há informação	Não há medida correlata
E) Presença obrigatória de ambulâncias em operações policiais	Indeferido	Deferido	Em andamento - Lei estadual nº 7.385/2016.	Não há medida correlata

Pedido realizado na ADPF 635	Deferido ou indeferido pelo STF – Medida Cautelar em 2020	Deferido ou indeferido pelo STF – Embargos de Declaração em 2022	Estágio de cumprimento	Medida correlata estabelecida pela Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil
F) Preservação dos vestígios dos crimes	Deferido	-	Não cumprido - Tal prática persiste e não há novas diretrizes a respeito.	Conduzir eficazmente a investigação sobre as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e prazo razoável para identificar, processar e punir os responsáveis
G) Observância de diretrizes em operações policiais próximas a escolas	Deferido	-	Não cumprida - Estado alegou dificuldade para abster-se de, em situações excepcionais, intervir nos perímetros de escolas, creches, hospitais e postos de saúde.	Não há medida correlata
H) Suspender o sigilo dos protocolos de atuação policial	Indeferido	Deferido	Não há informações	Não há medida correlata
I) Obrigação de elaborar, armazenar e disponibilizar relatórios das operações	-	Deferido em parte	Em andamento - Estado não se opõe.	Uniformizar a expressão 'lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. O conceito de 'oposição' ou 'resistência' à ação policial deverá ser abolido
J) Instalar equipamentos de GPS e câmeras nas fardas	Indeferido	Deferido	Em andamento - já há uma cronologia de instalação	Não há medida correlata
K) Documentar provas periciais	Deferido	-	Não cumprido - Estado alega necessidade de alteração constitucional	Conduzir eficazmente a investigação sobre as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e prazo razoável para identificar, processar e punir os responsáveis

Pedido realizado na ADPF 635	Deferido ou indeferido pelo STF – Medida Cautelar em 2020	Deferido ou indeferido pelo STF – Embargos de Declaração em 2022	Estágio de cumprimento	Medida correlata estabelecida pela Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) vs. Brasil
L) Investigação autônoma de mortes cometidas por agentes de segurança	Indeferido	Deferido em parte	Em andamento - conforme decisão monocrática de 24 de novembro de 2023	Estabelecer os mecanismos normativos necessários para que os policiais figurem como principais suspeitos em casos de mortes, violência sexual ou tortura decorrentes de intervenções, delegando a investigação a um órgão independente e diferente da força envolvida no incidente
M) Participação das vítimas e/ou familiares nas investigações	Deferido	-	Em andamento – Estado não se opõe.	Adoção de medidas legislativas que permitam que as vítimas e familiares participem de forma formal e efetiva das investigações dos delitos
N) Prioridade na tramitação de investigações relativas a mortes de crianças e/ou adolescentes por ação policial	Deferido	-	Não cumprida - O ISP entendeu que a medida ultrapassa sua capacidade institucional e do Estado do Rio de Janeiro.	Não há medida correlata
O) Designação de um promotor plantonista para controle externo das polícias	Deferido	-	Não há informações.	Não há medida correlata
P) Suspensão do art. 1º do Decreto Estadual nº 46.775/2019	Deferido	-	Não há informações.	Não há medida correlata
Q) Abstenção de manifestações que incentivem a letalidade policial	Pedido não conhecido	-	-	Realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, com a inauguração de duas placas em memória das vítimas na praça principal da Favela Nova Brasília

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SERVINDO DE FONTE AO DIREITO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Ester Emanuele Lima¹

Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira²

RESUMO

O Controle de Convencionalidade, que originou-se a partir da interpretação jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos teve sua aplicação decorrente da necessidade de controle dos textos normativos internos dos Estados-signatários, que eventualmente entravam em conflito com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Há quem defenda a inaplicabilidade parcial ou a inexistência de vinculação das decisões da Corte Interamericana aos Estados-signatários. O escopo do presente artigo é fazer uma análise do controle de convencionalidade, desde a sua gênese, e após, com um olhar a partir da integridade proposta por Ronald Dworkin, definir os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos como fonte do direito. A metodologia da presente pesquisa foi a revisão bibliográfica e o método científico lógico-dedutivo.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Convenção Americana Sobre Direitos Humanos; Corte Interamericana de direitos humanos; Fontes do direito; Precedentes

ABSTRACT

The Control of Conventionality, which originated from the judicial interpretation of the Inter-American Court of Human Rights, was applied due to the need to monitor the internal normative texts of signatory states, which occasionally conflicted with the Inter-American Convention on Human Rights. Some argue for partial inapplicability or the lack of binding force of the Inter-American Court's decisions on signatory states. The scope of this article is to analyze conventionality control from its inception and, subsequently, through the lens of integrity proposed by Ronald Dworkin, define the Inter-American Court of Human Rights' precedents as a source of law. The methodology used in this research was bibliographic review and logical-deductive scientific method.

1 Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Bacharel em Direito pelo mesmo Centro Universitário. Contato: esteremlima@gmail.com.

2 Doutorando e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Processo Civil e Direito Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes. Pesquisador das áreas de Processo Civil, Controle de Convencionalidade e Seguridade Social. Advogado previdenciarista. Contato: gabrielzapa@gmail.com

Keywords: American Convention on Human Rights; Conventionality Control; Inter-American Court of Human Rights; Precedents; Sources of law.

1 INTRODUÇÃO

No escopo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CIDH), delineada pelo art. 1.1, impõe-se aos Estados a obrigação de assegurar de maneira irrestrita o pleno exercício dos direitos consagrados na Convenção, sem qualquer forma de discriminação. Uma vez formalizada a adesão à Convenção, assumem a responsabilidade de ajustar seu ordenamento jurídico interno aos Direitos e Deveres nela estipulados, dado que é inviável assinar apenas parte do tratado.

Logo, desponta o Controle de Convencionalidade como um dos instrumentos primordiais para efetivar a proteção delineada pelo art. 1.1. Embora não esteja explicitamente previsto na Convenção, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e sua jurisprudência, sustentadas por uma análise interpretativa do texto convencional, solidificam a compreensão inequívoca acerca da aplicação e viabilidade do Controle de Convencionalidade no âmbito das leis internas. Por isso, compreender a gênese do Controle transcende não apenas a esfera judicial, mas abarca também sua aplicação prática no cotidiano, sendo crucial para apreender seu impacto no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Além disso, sua implementação, sob uma perspectiva dworkiniana da integridade do direito, desempenha papel fundamental na preservação e estabelecimento de precedentes sólidos que reverberam entre todos os países membros do SIDH.

Iniciando com a origem na Corte IDH, por meio do julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, este artigo realizará uma análise do Controle de Convencionalidade. Em seguida, serão abordadas as principais decisões que provocaram alterações nesse Controle, culminando, por fim, na sua estabilização no caso *Gelman vs. Uruguai*. Concluída essa análise, propõe-se examinar os aspectos de legitimidade do Controle de Convencionalidade, avaliando sua recepção pelos Estados-signatários da CIDH e, por último, explorar qual a importância desse controle dentro do SIDH.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE INTERAMERICANA

O Controle de Convencionalidade no SIDH foi estabelecido pela criação jurisprudencial quando a Corte IDH analisou o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006 (Dominguez, 2017). Desde então, a corte passou a revisitar o precedente criado, de forma a aprimorá-lo em, pelo menos, outras quatro oportunidades, até chegar no conceito estável de Controle de Convencionalidade que é aplicado atualmente.

Sobre as etapas de construção do Controle de Convencionalidade na Corte IDH, Álvaro Mesa Latorre (2018) divide-as em quatro fases, sendo a primeira um aspecto onde é dever do Poder Judiciário cumprir as normas convencionais; o segundo em que, para além do Judiciário, o controle convencional *ex officio* é realizado pelas Cortes Constitucionais, ainda que preventivamente; o terceiro em que qualquer magistrado deve realizar o controle convencional, ainda que difuso; e o quarto, em que todos os Poderes, seja o Legislativo e/ou o Executivo, também estão adstritos as normas convencionais.

Serão analisadas estas etapas em quatro decisões da Corte IDH onde o precedente do Controle de Convencionalidade foi adotado: O Caso Almonacid Arellano vs. Chile, o caso Aguado Alfaro e Outros vs. Peru (Caso dos Trabalhadores Cassados do Congresso), o caso Boyce vs. Barbados e por fim o caso Gelman vs. Uruguai.

As análises das decisões da Corte IDH buscam demonstrar como o conceito de Controle de Convencionalidade evoluiu dentro da Corte, para se chegar no atual entendimento, de forma a construir uma aplicação clara e segura das normas previstas pela CIDH.

2.1 PRIMEIRA FASE: CASO ALMONACID ARELLANO VS. CHILE

O caso de Almonacid Arellano inaugurou o uso do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH. A Corte apreciou a responsabilidade internacional do Estado Chileno, que, por meio do Decreto Lei nº 2.191/78 declarou anistia irrestrita e geral aos agentes envolvidos no período ditatorial daquele país, entre 11/09/1973 e 10/03/1978, e no caso concreto, sustou a investigação da execução de Luis Alfredo Almonacid Arellano, opositor ao regime ditatorial de Pinochet, morto pela polícia do regime em situações de graves violações dos Direitos Humanos (Dominguez, 2017).

O Estado chileno sustentou, em preliminares, vício processual, de que a Corte não poderia analisar um fato que tivesse ocorrido anteriormente a adesão do Chile ao SIDH, e no mérito de que o Estado Democrático Chileno, que afastou o regime ditatorial, não poderia ser punido pelos atos por estes cometidos, bem como pelas práticas contidas na lei de anistia, de autoria do regime, conforme consta no parágrafo 92 do acórdão (Corte IDH, 2006a).

O fundamento do voto da Corte IDH para condenação do Estado Chileno baseou-se no dever de observância do império da Lei por parte do Poder Judiciário interno, e que a ratificação de um tratado internacional vincula o Poder Judiciário a sua observância. O parágrafo 124 da decisão indica que os Estados-signatários, ao ratificarem um tratado internacional de direitos humanos, vincula os juízes do Poder Judiciário a realizar tal controle (Corte IDH, 2006a):

O que decidiu a Corte IDH não foi o mero dever de observância do Judiciário interno às normas convencionais, mas que é dever do judiciário fazer um controle entre o que diz a lei interna e o que diz a CIDH, de forma que a decisão prolatada seja coerente a proteção dos Direitos Humanos.

Apesar da inovação por parte da Corte IDH de um Controle de Convencionalidade, a sua existência é uma decorrência dos próprios institutos que regem os Direitos Internacionais, no caso, o do cumprimento de um tratado de boa-fé.

Ademais, em que pese a inexistência de um dispositivo na CIDH que preveja o Controle de Convencionalidade como instituto formado, a própria interpretação do texto convencional prevê o dever dos Estados em fazer a adequação das suas leis internas e as disposições da CIDH, como o art. 2º, que prevê o comprometimento dos estados partes em tomar medidas para efetivar os direitos e liberdades presentes na convenção.

A interpretação de um Controle de Convencionalidade decorre da própria exegese da Convenção, que prevê o dever dos Estados em se adequar seu ordenamento à proteção trazida pela CIDH.

Em resumo, a primeira decisão que instituiu o Controle de Convencionalidade no âmbito da Corte IDH definiu que é dever do Poder Judiciário interno, ao proferir decisões no âmbito dos Direitos Humanos, observar e adequar a interpretação legislativa interna ao que prevê a CIDH e a própria Corte IDH.

2.2 SEGUNDA FASE: AGUADO ALFARO E OUTROS VS. PERU

Na segunda fase da evolução do Controle de Convencionalidade dentro da Corte IDH, o Tribunal analisou, no mesmo ano, o caso dos Trabalhadores Cassados do Congresso vs Peru, em que o então juiz Antonio Cançado Trindade estabeleceu uma nova redação para o conceito de Controle de Convencionalidade trazido anteriormente.

Para Cançado Trindade, as cortes internas não deveriam apenas observar os precedentes criados pela Corte IDH ao proferir as decisões, mas deveriam fazer em um controle de convencionalidade *ex officio* das leis internas frente a CIDH e a própria Corte.

Conforme apontou o então juiz da Corte, o Poder Judiciário dos Estados-signatários tem o dever de conhecer a convenção, e mais ainda, conhecer os direitos humanos, aplica-los e resguardá-los. O voto de Cançado Trindade ainda afirma que tal controle deve ser feito *ex officio*, independente do pedido das partes (Corte IDH, 2006b).

A grande evolução entre a primeira e a segunda fase foi de que os tribunais internos não deveriam apenas adotar os precedentes da Corte IDH em suas análises,

mas deveriam sobretudo, eles próprios fazer um controle *ex officio* das leis internas do país, utilizando o mesmo fundamento que do voto no caso de *Almonacid Arellano vs. Chile*, porém, expandindo seus efeitos.

Na mesma linha de interpretação, o juiz Sérgio Garcia Ramirez, em seu voto, abordou que o Controle de Convencionalidade deveria ser feito não apenas sobre a CIDH e as decisões da Corte IDH, mas sobre todos os outros tratados internacionais de Direitos Humanos que compõem o SIDH (Corte IDH, 2006b), e que o controle convencional deveria ser feito *ex officio*, conforme sua fala no parágrafo 08 de seu voto.

Segundo Marcelo Torelly, as construções feitas na segunda fase do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH mantiveram a linearidade do Tribunal com a proteção e o desenvolvimento regional dos Direitos Humanos (Torelly, 2017).

Após a análise, é possível concluir que a segunda fase da construção do Controle de Convencionalidade na Corte IDH trouxe uma expansão de sua aplicação, mantendo os fundamentos trazidos na primeira fase, porém, prevendo que o controle deveria ser feito de ofício pelos próprios magistrados dos Estados-Signatários da Convenção.

2.3 TERCEIRA FASE: BOYCE VS. BARBADOS

A terceira fase da construção do Controle de Convencionalidade ocorreu no caso *Boyce vs. Barbados*, julgado em 2007, onde a Corte apreciou um pedido de adequação da lei interna após o Estado de Barbados condenar o Sr. Lennox Ricardo Boyce à pena de morte.

Para entender a mudança que a terceira fase trouxe, é necessário entender os desdobramentos do caso *Boyce vs. Barbados*.

O Sr. Boyce foi condenado à pena de morte, com base na Lei de Delitos Contra a Pessoa vigente em Barbados, e sem poder contar com um recurso contra a pena imposta, com base no art. 26 da Constituição de Barbados.

O que ocorreu foi que a Lei de Delitos Contra a Pessoa era de 1868, e o art. 26 da Constituição de Barbados prevê que uma lei “promulgada ou feita antes de 30 de novembro de 1966 (qu)e continuou a fazer parte da lei de Barbados em todos os momentos desde aquele dia”³ (Barbados, 1966), não poderia ser declarada inconstitucional.

Diante de tal situação, mesmo ao interpelar junto ao *Comité Judicial del Consejo Privado* (doravante CJCP), Corte Constitucional de Barbados, o Sr. Boyce teve seu pedido de não condenação em pena de morte improvido com fundamentação no

3 Original: “that was enacted or made before 30th November 1966 and has continued to be part of the law of Barbados at all times since that day”. BARBADOS, The Barbados Independence Order 1966. Art. 26. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21359-21360-1-PB.htm> Acesso em 04 ago. 2021.

art. 26 da Constituição, o que gerou a petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Zúñiga, 2016).

A Corte IDH ao analisar o caso concreto apontou a inconvenção da seção 2 da Lei de Delitos Contra Pessoa e do art. 26 da Constituição. Conforme os fundamentos apresentados no voto, a condenação contra Barbados veio, pois, a CJCP fez uma análise estritamente constitucional do caso concreto, quando na verdade deveria ter levado em consideração a CIDH e os precedentes e jurisprudências da Corte IDH (Corte IDH, 2007).

Ainda, de acordo com o voto final da Corte IDH, a análise feita por Barbados não deveria restringir-se a uma validade constitucional da lei, mas sim, em torno da convenção, que deveriam verificar sobre a eventual contrariedade de um texto local interno à convenção.

O sentido interpretativo que a Corte IDH deu ao Controle de Convencionalidade é de que a CIDH possui uma força vinculativa similar à Constituição. Em outras palavras, a Corte equiparou o dispositivo Convencional ao Constitucional, colocando-os em pé de igualdade e, em última análise, a CIDH prevaleceria sobre a Constituição em caso de conflito na proteção dos Direitos Humanos.

2.4 QUARTA FASE: CASO GELMAN VS. URUGUAI

A quarta e última fase da Construção do Controle de Convencionalidade na Corte IDH pode ser localizada no caso Gelman vs. Uruguai, onde se analisou um dos desdobramentos da Chamada Operação Condor, durante os regimes militares de Uruguai e Argentina, onde Juan e Maria Claudia Gelman desapareceram, em Buenos Aires, após atividades de agentes do governo uruguaio. O caso de desaparecimento por conflito político não teve resposta por parte do Estado Uruguaio em virtude da Lei de Caducidade, promulgada já no Estado Democrático Uruguaio que sustou a investigação do crime cometido pelos agentes do Regime (Corte IDH, 2011)

Em um dos casos mais incisivos de Controle de Convencionalidade, a Corte IDH abordou novos tópicos quanto a interpretação e aplicação da CIDH, especialmente em regimes democráticos.

Para a Corte IDH, a Lei de Caducidade não teria efeitos práticos, uma vez que seu texto é incompatível com o texto da CIDH. Nesse sentido, a Corte observou que mesmo os atos e vontades democráticas devem estar alinhadas à proteção dos Direitos Humanos, ao texto da CIDH e a jurisprudência da Corte IDH, ao verificar que as violações aos direitos humanos são intransponíveis, e são dever de todas as autoridades públicas.

Em síntese, a Corte IDH fixou, em seu entendimento, que o dever de observar a adequação convencional de um texto legal é dever não apenas dos órgãos de ad-

ministração da Justiça, como em seus entendimentos anteriores, mas sim de todos aqueles envolvidos no processo democrático, incluindo aí o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Tal entendimento trouxe um avanço na construção do Controle de Convencionalidade, uma vez que estendeu sua vinculação da proteção dos Direitos Humanos em todos os níveis de um Estado Democrático e, em última análise, importando na própria vinculação das normas internas Estado-signatário ao texto da CIDH.

3 ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SIDH

O Controle de Convencionalidade pode ser analisado de várias formas diferentes, e este trabalho focará em três aspectos principais: a legitimidade, o seu reconhecimento e aceitação no ambiente interno e a sua importância para a proteção dos Direitos Humanos.

3.1 LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme visto no item anterior, o Controle de Convencionalidade não é um instituto previsto pela CIDH, nem por nenhum de seus tratados, mas sim uma criação jurisprudencial da Corte IDH, decorrente da interpretação da própria CIDH.

Conforme explica Ariel Dulitzky, o controle exige que os juízes da Corte IDH e os Órgãos de Jurisdição interna dos Estados-signatários examinem a compatibilidade entre as normas internas de seu ordenamento com o texto da CIDH (Dulitzky, 2017).

A aplicabilidade dos Tratados Internacionais, de maneira geral, está regida pela Convenção de Viena que, no seu art. 26, obriga os Estados-Signatários a cumpri-los de boa-fé (Brasil, 2008).

No mesmo sentido, a CIDH no seu art. 1 dispõe que “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”(OEA, 1969) e no seu art. 2 de que os Estados-signatários devem “adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (OEA, 1969).

Quanto à legitimidade da Corte IDH para atuar num controle de Convencionalidade, o art. 33 da CIDH prevê que é competência da Corte conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos dos Estados-signatários e, em seu art. 62.3, prevê que a Corte IDH “tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção”. (OEA, 1969)

Da leitura dos princípios básicos que regem os Tratados Internacionais e da leitura do próprio texto da CIDH, é possível extrair a previsão – implícita – de um exercício de Controle Convencional por parte da Corte IDH, que é o intérprete máximo da CIDH. Ainda, a obrigatoriedade dos países em promoverem internamente, por todos os seus entes da Administração, o Controle Convencional de seu ordenamento é decorrência do próprio texto convencional.

Em última análise, pode-se concluir que o Controle de Convencionalidade, construído com o nome e a forma dada pela Corte IDH, sempre foi previsto pela CIDH, mas em um grande quebra-cabeças, onde a Corte o montou e apresentou sua validade e existência dentro do SIDH.

Na mesma linha, outros países do SIDH têm observado o cumprimento da convenção, e, durante os últimos anos, ocorreu um grande avanço entre os países membros do SIDH no reconhecimento e aplicação do Controle de Convencionalidade dentro de seus ordenamentos jurídicos internos.

Conforme explica Flávia Piovesan, os estados-signatários da CIDH tem somado a seus ordenamentos constitucionais as normas convencionais, por meio de um “trapézio jurídico”, inspirado no Humans Rights Approach (Piovesan, 2017).

Em uma análise da aplicação dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos na América Latina, Allan Brewer-Carías verifica a existência de cláusulas de abertura a estes instrumentos nas Constituições de praticamente todos os países membros do SIDH, com exceção de Chile, México e Panamá (Brewer-Carías, 2007).

Diante de tais cláusulas de abertura, a recepção da tese do Controle de Convencionalidade e a própria aplicação do instituto ficam mais propensas por parte dos órgãos de administração da Justiça dos Estados-signatários, uma vez que demonstra a harmonia entre a CIDH e os ordenamentos internos. Como aponta Haideer Miranda Bonilla, as decisões da Corte IDH firmam que as autoridades nacionais têm amplo poder decisório para resolver como será feito o Controle Convencional internamente (Bonilla, 2015).

Isso ocorre porque a própria Corte IDH assinalou que sua competência é limitada e o Controle de Convencionalidade só será por ela exercido em caso de uma ausência de resposta do ordenamento interno, ou mesmo de alguma violação por parte do Estado-signatário a CIDH e aos Direitos Humanos (Zúñiga, 2015).

Em última análise, pode-se concluir que os Estados-signatários têm reconhecido e aplicado o Controle de Convencionalidade, integrando em seu ordenamento jurídico interno, demonstrando a coexistência harmônica entre a CIDH e as leis internas.

4 A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO ATRAVÉS DA INTEGRIDADE

4.1 A INTEGRIDADE EM DWORKIN

Ronald Dworkin defende a existência de dois princípios de integridade política na sociedade, um princípio legislativo, e um princípio jurisdicional. (Dworkin, 2007).

Quanto ao princípio jurisdicional, o autor faz uma alegoria entre o uso de um sistema de precedentes e romancistas diferentes que escrevem um Romance, em que cada um destes romancistas escreve um capítulo. Conforme ressalta o autor, para que exista uma lógica de começo, meio e fim, é importante que os romancistas escrevam respeitando a lógica dos personagens da trama, e, portanto, sigam as interpretações dadas pelos romancistas anteriores, e possibilitem que os romancistas futuros façam o mesmo (Dworkin, 2007).

Dworkin relaciona a integridade no direito aos preceitos de equidade de justiça, em um sistema que siga as regras previstas, sem trazer grandes rupturas injustificadas, em que no devido processo legal sejam obedecidas as decisões e os procedimentos já realizados anteriormente (Dworkin, 2007).

Adriana Campos e Daniel Ardisson (2013) explicam que no sistema de integridade criado por Dworkin, é dever dos juízes analisar o direito levando em consideração os princípios que permeiam a sociedade e àqueles que consigam unir o direito, deixando-o mais coerente.

A integridade está diretamente relacionada ao conceito de segurança jurídica que vimos anteriormente. Pode-se afirmar que a integridade no direito é a ferramenta prática para se alcançar objetivamente a segurança jurídica.

Dentro da teoria de Dworkin sobre Integridade no Direito, o autor apresenta uma técnica de decisão, chamada de Romance em Cadeia, em que os juízes, tal qual escritores que escrevem um romance de um único autor, devem trazer uma continuidade para suas decisões, de forma a não quebrar a linha temporal que está sendo escrita. (Dworkin, 2007)

Tal teoria, segundo Dworkin, implica que os juízes, agora romancistas, devem trazer em suas decisões não apenas uma interpretação do direito, mas uma interpretação que tenha coesão com a interpretação anterior do direito, e que possibilite a mesma coesão para as próximas decisões, assim, a tarefa de um escritor que dá continuidade ao trabalho de outro autor, em continuar a mesma história, mantendo a integridade do texto. Segundo ele, o romancista terá de passar por duas dimensões para redigir seu novo texto: a adequação e a interpretação.

Na dimensão de adequação, o romancista deverá adotar uma continuação da história que flua ao longo do texto, sem ignorar os acontecimentos anteriores, e sem criar narrativas secundárias. Deverá ser uma narrativa que tenha um poder explica-

tivo geral e que não deixe nenhum aspecto estrutural da trama sem explicação. Se encontrar mais de uma interpretação para o texto já escrito, deverá então passar à segunda dimensão de interpretação, em que julgue qual delas se ajusta melhor a obra já escrita.

A lógica de Romance em Cadeia, na prática, é vista pela aplicação de precedentes judiciais. Alexandre Câmara, ao analisar a construção do Romance em Cadeia de Dworkin, explica que cabe aos juízes ou tribunais considerarem as decisões anteriores sobre o mesmo tema a que estão se debruçando, de forma a manter uma coerência, como num dever de autorreferência, garantindo estabilidade e previsibilidade às decisões, de forma que tragam maior segurança jurídica ao ordenamento. (Câmara, 2020).

Mas cumpre destacar que esse romance não é escrito por todas as decisões; ou seja, nem toda decisão é necessariamente um precedente. Câmara, sobre o ponto, explica que precedentes são aquelas decisões com um “fundamento determinante”, o qual terá alguma vinculação ou persuasão sobre a decisão proferida. (Andrade, 2007).

O uso do Direito como integridade, é visto na prática como uma construção para tornar a história a melhor história possível (Andrade, 2007). Para além, Dworkin propõe que seja feita uma interpretação construtiva do direito, de modo que se alcance sua finalidade, definidas por Andrade (2007) como a “certeza e regulação”, e que a vida em sociedade seja sequencial, eficiente, de modo que as decisões devem ser lidas, conhecidas e concretizadas.

Tal aplicação reflete um uso de princípios para reger a regulação e a aplicação do direito. Dworkin define princípios como sendo “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (Dworkin, 2007, p. 90).

Da mesma forma, definem Escossia e Moreira (2014) que “a incorporação da moral pelo direito (ou a incursão da moral no direito), apresentada por um sistema de regras e princípios, condiciona a atuação judicial”.

4.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FONTE DO DIREITO

Gabriel Oliveira e William Pugliese, tratando especificamente do controle convencional a partir da integridade, defendem que “o controle de convencionalidade utiliza dos princípios conexos do direito, de forma a buscar uma maior efetividade dos Direitos Humanos protegidos pela CIDH” (Oliveira, Pugliese, 2023, p. 222).

Se olharmos os precedentes da Corte IDH como devem ser, isto é, como fonte do direito, não há sobredúvidas de sua aplicação integral, e o dever dos Estados-sig-natários em reconhecer a aplicação da jurisprudência da Corte.

Miguel Reale, consagrado jurista, defende como fonte do direito “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força

obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.” (Reale, 2002)

A relação da estrutura normativa foi bem debatida e apontada pela Corte IDH, quanto a sua colocação. Da mesma forma, e sem entrar no mérito da recepção da Convenção pelos Estados-signatários, que não é o escopo do trabalho, que visa tão somente debater a relação da integridade com a aplicação da jurisprudência da corte, a estrutura normativa do texto convencional é superior à própria Constituição, conforme tese definida pela Corte IDH e já exposta no presente trabalho.

Nesse aspecto, Moyses Moussallem (2006) afirma que a noção do que é fonte do direito está intimamente ligada com a própria autoridade que a sociedade confere para aquele conteúdo, sendo o texto um mero condutor da norma.

Entendendo que o conteúdo jurisdicional atende às características básicas para ser fonte do direito. A atividade de interpretação é de suma importância para efetivação do direito, uma vez que é ela quem vai atribuir valor e sentido ao texto legal (Marinoni, 2014).

No mesmo sentido, o estudo de Fábio Breitenbach (2016) sobre o reconhecimento dos precedentes como fonte do direito afirma que o juiz, caso não leve em consideração os precedentes como fonte do direito, poderá chegar a resultados diferentes, ainda que em casos muito semelhantes, e estando adstrito à mesma regra para ambos os casos, e conclui que “Se o precedente é utilizado como elemento decisório pelas cortes, deve ser considerado como fonte do direito” (Breitenbach, 2016, p. 60).

Aplicando o estudo de Luiza Cenachi (2021) à luz da convenção, as razões para se considerar precedentes como fonte do direito, a jurista afirma que, para se considerar um texto como fonte do direito ele deve ser pronunciado por órgão com competência jurisdicional dotado de poder; e por órgão que tenha como atividade fim a produção de normas jurisdicionais gerais com eficácia obrigatória e oponível a sociedade.

Quanto ao primeiro ponto apontado pela autora, os Estados-signatários reconhecem a jurisdição da Corte IDH, que é intrínseca à própria convenção. Quanto a produção e eficácia obrigatória das normas, oponíveis a toda a sociedade, a mesma é indiscutível, ante o contexto social dado pela Corte IDH, bem como o *status* conferido pela Convenção à Corte.

No mesmo sentido, Pugliese (2022, p. 104) afirma que “A questão é que os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade também reverberam sobre as fontes do Direito, de modo que a deliberação dos tribunais deve seguir critérios semelhantes.” Da mesma forma, afirma o autor que se ressalta a importância do precedente como fonte do direito para efetivar a segurança jurídica, uma vez que “os precedentes devem ser fonte do Direito para oferecer um necessário contraponto e oferecer credibilidade.”

A deliberação pela Corte IDH na construção de precedentes cria fontes do direito e tais decisões devem ser encaradas como tal. Isso significa dar aos precedentes em direitos humanos um *status* de norma vinculante, que não serve como mera orientação ou opção aos Estados-signatários e à sociedade americana como um todo, mas torna-os efetivamente como parte integrante do ordenamento jurídico dos Estados, à medida que balizam a vida em sociedade.

A construção do controle convencional como fonte do direito deve ser respeitada pelos Estados-signatários, por seus órgãos e pela sociedade, não apenas com uma adaptação ao direito local, uma vez que a própria Corte IDH definiu que a proteção de direitos humanos é barreira intransponível. Igualmente, respeitar os precedentes da Corte IDH por meio da ótica proposta pela integridade, é respeitar a segurança jurídica daqueles menos favorecidos, respeitando as lutas instituintes de direitos humanos, bem como resguardar os menos favorecidos.

4.3 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SIDH

Propõe-se pensar. E se a teoria do Controle de Convencionalidade não existisse, o que seria da proteção dos Direitos Humanos?

Para responder tal questionamento, exige-se uma reflexão do que é exatamente o Controle de Convencionalidade dentro do SIDH, e qual a sua importância.

Em primeira análise, o Controle de Convencionalidade é, conforme já visto, um instrumento para garantir que a CIDH está sendo cumprida e garantida pelos Estados-signatários, bem como que seu ordenamento interno não afronta a Convenção. Este controle é um dever de todos os Poderes dos Estados, não apenas do Judiciário, e deve ser uma das balizas da democracia.

Na prática, mais que um mero controle, o instituto proporciona um diálogo institucional entre as Cortes Constitucionais dos Estados Americanos e a Corte IDH. Este diálogo aberto faz com que as Cortes Constitucionais utilizem as jurisprudências da Corte IDH, e vice-e-versa, constituindo um verdadeiro entrelaçamento de ideias dentro do SIDH (Borges; Piovesan, 2019).

Tal entrelaçamento de ideias vem da noção de que a proteção aos Direitos Humanos a nível internacional são o mínimo, e não o máximo, podendo os Estados em seus ordenamentos trazer maiores instrumento para resguardar os Direitos Humanos. (Mac-Gregor, 2016).

Isso porque o Controle de Convencionalidade não se trata de um instrumento rígido de cumprimento da CIDH, mas sim de uma interpretação *pro persona* da CIDH, ou seja, uma interpretação que dê ênfase na proteção dos Direitos Humanos. (Mac-Gregor, 2016; Cavallo, 2017).

Tal interpretação confere ao Controle de Convencionalidade um importante instrumento de proteção aos Direitos Humanos. Voltando aos casos analisados no item

anterior, todos envolveram um caso em que o Estado violou algum direito previsto na CIDH, mas foi na interpretação *pro persona* do texto convencional que o Tribunal encontrou a saída, garantindo, em todos os casos, uma proteção dos Direitos Humanos mais básicos.

O respeito e a deferência à Corte IDH é elemento chave na concretização e no respeito aos direitos humanos. É defender a aplicação da segurança, que por si só, já é um direito humano. É defender a integridade do direito e no direito. É o respeito às lutas instituintes. É a deferência pela construção de uma América mais justa e equitativa. É proteger a população de abusos desmedidos do Estado.

Em última análise, o que se pode concluir é que o Controle de Convencionalidade é um importante instrumento de proteção dos Direitos Humanos, não apenas por fazer um juízo convencional das normas internas dos Estados-signatários, mas que seu uso garante uma interpretação *pro persona* dos atos Estatais, bem como abre espaço para um maior diálogo entre os juízes da Corte IDH e os juízes dos órgãos judiciários internos.

E voltando à pergunta feita no início do tópico. E se o Controle de Convencionalidade não existisse? A resposta está na própria gênese do Controle, que é o princípio *pro persona*. Os juízes fariam uma análise dos casos com base em princípios gerais de direito, no texto convencional, em precedentes da Corte IDH e em casos análogos dos demais Estados-signatários, para se alcançar o mesmo fim: a proteção dos Direitos Humanos de forma ampla e robusta (Latorre, 2018).

5 CONCLUSÃO

O Controle de Convencionalidade foi instituído via decisão pretoriana, por uma interpretação da CIDH por parte da Corte IDH, que trouxe um dever dos Estados-signatários em adequar seu ordenamento normativo-jurídico interno à Convenção.

Tal evolução passou por quatro principais fases, que foram analisadas por meio do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, que inaugurou o Controle de Convencionalidade na Corte; pelo caso *Alguado Alfaro vs. Peru*, em que a Corte IDH estabeleceu que seria competência *ex officio* dos Magistrados internos fazerem uma análise convencional das leis internas; o caso *Boyce vs. Barbados*, onde a decisão da Corte IDH acrescentou em seus fundamentos que a Convenção (e por sua vez o exercício de um Controle) teriam força análoga à Constituição dos Estados-signatários em matéria de Direitos Humanos e, por fim a uma quarta fase em que a Corte IDH, no caso *Gelman vs. Uruguai* estabeleceu o dever de todos os Poderes dos Estados realizarem o Controle Convencional do ordenamento jurídico-normativo dos Estados.

Pela análise dos principais julgados, foi possível concluir que a criação do Controle de Convencionalidade nada mais é do que uma interpretação do que está escrito nos arts. 1, 2, 33 e 62.3 da CIDH e do art. 26 da Convenção de Viena, que tal qual um quebra-cabeças, já previam – ainda que tacitamente – um dever dos Estados de fazer um controle convencional da legislação interna.

Analisou-se ainda a recepção pelos Estados-signatários do Controle de Convencionalidade, bem como a sua incorporação por meio das cláusulas de abertura à CIDH constantes nas Constituições dos Estados.

A análise do respeito às decisões da Corte IDH a partir da integridade, em outra ponta, demonstra o dever de encarar os julgados da Corte como fonte do direito. Sendo a proteção de direitos humanos a base da sua criação, seus pronunciamentos jurisdicionais têm eficácia, e devem ser respeitados não só como precedentes simples e opcionais, mas como fonte ao direito, e balizas para todos os entes dos Estados-signatários.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Emanuelle Cristina AS LIMITAÇÕES DA INTERPRETAÇÃO NO POSITIVISMO E AS CONTRIBUIÇÕES DE RONALD DWORKIN. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, dez 2007, p.8. Disponível em: <https://revistaeletronica-dfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/50>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BARBADOS, **The Barbados Independence Order**. 1966. Art. 26. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21359-21360-1-PB.htm> Acesso em 04 ago. 2021.

BONILLA, Haideer Miranda. El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina. **Revista Jurídica IUS Doctrina**. Vol. 8, 2015. p.24. Disponível em <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748>. Acesso em 09 ago. 2021.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 24, n. 3, 2019. p. 15. Disponível em <https://revistaeletronica-dfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328/622>. Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL, Decreto nº 7.030/2008. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 08 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 jun. 2009. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula774/false>. Acesso em 27 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário - Questão de Ordem 1054490/RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 05 out. 2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381581/false>. Acesso em 27 ago. 2021.

BREITENBACH, Fábio Gabriel. **A força vinculante dos precedentes no CPC/2015**: contributo para a racionalidade nas decisões judiciais. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. In: **Revista IIDH**, Vol. 46. 2007. p. 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22024.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

CAVALLO, Gonzalo Aguiar. Los derechos de los pueblo indígenas y la industria extractiva. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 22, n. 3, 2017. p. 36. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1193/517>. Acesso em 25 ago. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo Direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Descumprimento dos Deveres Gerais Contidos nos Artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, Considerações da Corte. **Sentença de 26 de setembro de 2006**. pár. 92. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf> Acesso em 03 ago. 2021.

CORTE IDH, Caso Trabalhadores Cassados do Congresso vs. Peru. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. **Sentença de 24 de Novembro de 2006**. p. 70. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 03 ago. 2021.

CORTE IDH, Caso Boyce e outros vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. **Sentença de 20 de Novembro de 2007**. p. 22. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf Acesso em 04 ago. 2021.

CORTE IDH, Caso Gelman vs. Uruguai. Mérito e Reparações. **Sentença de 24 de Fevereiro de 2011**. p. 4. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d-396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em 04 ago. 2021.

DOMINGUEZ, Pablo Gonzalez. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 15, n. 1, p. 55-98, 2017. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003&lng=es&nrm=iso. Acesso em 03 Ago. 2021.

DULITZKY, Ariel E. **Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar**. Instituto de Estudios Constitucionales: Queretáro, 2017. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4757/18.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da; MOREIRA, Nelson Camatta (2014). A “SERENÍSSIMA REPÚBLICA” E O ESTADO DE EXCEÇÃO: QUANDO O STF SUBCUMBE AOS ARGUMENTOS DE POLÍTICA. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, p.115. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/514>. Acesso em 07 nov. 2023.

LATORRE, Alvaro Mesa. El control de convencionalidad: ¿un actor racional o irracional?. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 16, n. 1, p. 129-166, jun. 2018. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100129&lng=es&nrm=iso. Acesso em 03 ago. 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 2016. p. 348. Disponível em: https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/09/900-kas_ANUARIO-DCO-CONSTITUTI..pdf#page=334 Acesso em 25 ago. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o ‘sentido exato da lei’ para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 950, p. 166, dez. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/76337447/DA_CORTE_QUE_DECLARA_O_SENTIDO_EXATO_DA_LEI_PARA_A_CORTE_QUE_INSTITUI_PRECEDENTES_DA_CORTE_QUE_DECLARA_O_SENTIDO_EXATO_DA_LEI_PARA_A_CORTE_QUE_INSTITUI_PRECEDENTES. Acesso em: 15 ago. 2022.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

OLIVEIRA, Gabriel Victor Zaparoli de; PUGLIESE, William Soares. Aplicação de normas convencionais a partir da integridade do direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** [Recurso Eletrônico], São Paulo, n.136, mar./abr. 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/174491>. Acesso em: 09 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1374, jun. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201356&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 08 ago. 2021.

PUGLIESE, William Soares. **Instituições de Direito Processual Civil e Precedentes como fonte do direito**. Londrina: Thoth, 2022.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo; Saraiva, 2002, 27ed.

TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?. **Revista Direito e Práxis**. 2017, v. 8, n. 1, pp. 321-353. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.23006>. Acesso em 04 ago. 2021

ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos). **EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad**, [S.l.], p. 189, oct. 2015. ISSN 2253-6655. Disponible en: <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2820/1516>. Acesso em 09 ago. 2021

ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de normas constitucionales por la corte interamericana de derechos humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional. **Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica** [online], 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/175400>. Acesso em 04 ago 2021.

O DOGMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS EM CONTROLE CONCENTRADO: REVISITANDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA ADI 2.154¹

EL DOGMA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA MODULACIÓN TEMPORAL DE LOS EFECTOS EN EL CONTROL CONCENTRADO: REVISANDO LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL A PARTIR DE LA ADI 2.154

*Mônia Clarissa Hennig Leal²
Mateus Henrique Schoenherr³*

RESUMO

Considerando a ADI 2.154/DF, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, que permite a modulação temporal de efeitos da decisão em controle concentrado, objetiva-se investigar se os Ministros que votaram pela constitucionalidade do dispositivo definiram ou fixaram parâmetros acerca do significado e

1 Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

2 Pós-Doutora na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha), Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. E-mail: moniah@unisc.br.

3 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa **PROSUC**/CAPES, modalidade II. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônica Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD da UNISC e financiado pelo CNPq. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.

concretude da segurança jurídica, especialmente a fim de determinar a(s) hipótese(s) de aplicação de tal excepcionalidade. Conclusivamente, constatou-se que a aludida definição não houve, própria e diretamente, a partir da ADI 2.154/DF. Contudo, compulsando-se respostas anteriores do STF, verificou-se que a aplicação da excepcionalidade encontra-se calcada no critério da proporcionalidade.

Palavras-chave: modulação temporal dos efeitos; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN

Considerando el ADI 2.154/DF, en el que el Supremo Tribunal Federal de Brasil declaró la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 9.868/99, que permite la modulación temporal de los efectos de una decisión en control concentrado, se pretende investigar si los Ministros que votaron a favor de la constitucionalidad de la disposición definieron o fijaron parámetros sobre el significado y concreción de la seguridad jurídica, especialmente para determinar la(s) hipótesis de aplicación de esta excepcionalidad. En conclusión, se constató que la referida definición no provenía directamente del ADI 2.154/DF. Sin embargo, una mirada a las respuestas anteriores del STF, se observó que la aplicación de la excepcionalidad se basa en el criterio de proporcionalidad.

Palabra clave: modulación temporal de los efectos; seguridad jurídica; Tribunal Supremo Federal de Brasil.

1 INTRODUÇÃO

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 2.154/DF, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (e julgada em pauteio com a ADI nº. 2.258/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do artigo 27 da Lei 9.868/99 (que regula o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade concentrado no STF), após vinte e três anos de trâmite da ação.

Referido artigo 27 da Lei 9.868/99 permite a modulação de efeitos da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, em caráter excepcional, restringindo-o de forma “*ex nunc*” (restrição dos efeitos da decisão a partir de seu trânsito em julgado) ou “para o futuro” (restrição dos efeitos da decisão em outro momento a ser decidido pelo STF), desde que definido por maioria de dois terços dos membros da Corte e também como forma de preservar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Assim, citado dispositivo caracteriza uma exceção à regra da aplicação dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle concentrado.

O STF, por maioria, julgou improcedente a ADI 2.154/DF, a partir do voto de divergência instaurado pela Ministra Cármen Lúcia, que, em síntese, entendeu ser constitucional o dispositivo, porque ele visa a ponderar entre preceitos constitucionais a fim de preservar a unidade da Constituição e os princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, de modo que o modelo clássico (caracterizado por reconhecer a inconstitucionalidade desde sempre, isto é, com efeitos *ex tunc*) de nulidade da lei inconstitucional estaria superado. Ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Marco Aurélio, que entenderam pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Objetiva-se investigar se, ao julgar a ADI 2.154/DF, os Ministros que votaram pela constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 definiram ou fixaram parâmetros acerca do significado e concretude do princípio da segurança jurídica, especialmente a fim de determinar a(s) hipótese(s) de aplicação de tal excepcionalidade. Para tanto, empregar-se-á o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento monográfico e analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica, como maneira de estabelecer a investigação acerca dessa problemática.

Dessa forma, inicialmente será abordado o debate histórico acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão e sua positivação legal no ordenamento jurídico brasileiro em 1999, além de abordar os aspectos essenciais dos votos favoráveis e contrários a constitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 na ADI 2.154. Posteriormente, abordam-se aspectos doutrinários da segurança jurídica, além de ser compulsada a referida decisão a fim de identificar o sentido e aplicação da segurança jurídica enquanto fundamento da modulação temporal dos efeitos da decisão, tanto a partir da ADI 2.154, quanto demais decisões do STF e, igualmente, desvenda-se e debate-se o caráter de dogma por trás da segurança jurídica e do critério da proporcionalidade que permeia sua ponderação nos casos concretos.

2 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: DO DEBATE HISTÓRICO À PREVISÃO LEGAL

Ao proferir voto na ADI 2.154, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999. Referido dispositivo consagrou a chamada modulação temporal dos efeitos da decisão, neste caso especificamente em ações de controle concentrado de constitucionalidade, assim prevendo (Brasil, 1999):

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Mister destacar, ainda, que a modulação dos efeitos possui tratamento legal diferenciado entre os sistemas de controle de constitucionalidade. No controle difuso, via de regra aplica-se o artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil de 2015,⁴ enquanto no controle concentrado aplica-se o aludido artigo 27 da Lei 9.868/99 (para Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e artigo 11 da Lei nº. 9.882/99 (para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

A modulação dos efeitos, em controle concentrado, pode ocorrer após o julgamento da matéria principal, oportunidade em que se opõem embargos de declaração para fins de postular a atribuição da modulação temporal dos efeitos do acórdão. Assim, ainda que ausentes obscuridades, contradições, omissões ou incorreções materiais – hipóteses típicas do emprego do recurso em questão – o STF admite o uso de embargos de declaração para a finalidade de modulação dos efeitos da decisão (Brasil, 2018, p. 12).

O Ministro Marco Aurélio, ao proferir voto na ADI 2.154, seguindo o relator, sustentou que o artigo 27 da Lei 9.868/99 seria inconstitucional, argumentando que (Brasil, 2023, p. 137):

[...] não cabe, uma vez proclamado o descompasso com a Lei Maior, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, sob pena de mitigação da Carta da República, como se até então não tivesse vigorado. Toda norma editada em desarmonia com a Constituição Federal é nula. Formalizada a decisão, mostra-se inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta, concebida a partir do que se revela inconstitucionalidade útil levando em conta a morosidade da máquina judiciária. A partir do momento em que este Tribunal não declara – como deve fazer – inconstitucional, desde o nascedouro, certa norma, acaba por incentivar, nas casas legislativas, atuação à margem da Carta da República, para que subsistam, com a passagem do tempo, situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, presente modulação. [...].

Em continuidade, também aduziu que o dispositivo diminuía a “confiança na força normativa da Constituição Federal”, de modo que não deveria ser lida como um

4 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (Brasil, 2015).

“documento lírico, passível de metamorfose em função dos acontecimentos” (Brasil, 2023, p. 137). Ademais, alinhando-se a uma perspectiva cética, declarou que a Constituição seria “o que o Supremo declara que ela é” (Brasil, 2023, p. 137), complementando:

[e]stá situada no ápice do ordenamento jurídico e submete a todos indistintamente. Impõe-se, sobretudo em tempos de crise, o dever de guardar princípios, observar o arcabouço legal, sem improvisações, e garantir o respeito à Lei das leis, a Constituição Federal (Brasil, 2023, p. 137).

Conforme o voto de divergência inaugurado pela Ministra Cármen Lúcia, que ficou como redatora para o acórdão, o artigo 27 da Lei 9.868/99 buscou se distanciar da clássica teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, cujos efeitos são igualmente nulos, isto é, declarados com eficácia retroativa (*ex tunc*) (Brasil, 2023, p. 112-120).

Aludida teoria ganhou força na tradição constitucional norte-americana. Hamilton (1987, p. 510) dissertou que nenhum ato contrário à Constituição podia ser válido, porque senão seria afirmar que “o servo está acima de seu mestre; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo”.

Além disso, a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), consignou que, ao adotar uma Constituição escrita e tê-la como lei fundamental e primordial do país, adere-se igualmente a teoria de que “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo” (Estados Unidos da América, 1803).

Também no caso *Norton v. Shelby County* (1886), a *Scotus* referiu que “um ato inconstitucional não é lei; não confere direitos; não impõe deveres; não concede proteção; não cria cargo; é, sob o viés legal, tão ineficaz como se sequer tivesse existido” (Estados Unidos da América, 1886).

Pai do controle concentrado de constitucionalidade, Kelsen (1995, p. 300) também defendeu a teoria da nulidade, visto que a inconstitucionalidade deveria ser encarada como uma nulidade absoluta e *ipso jure*, porque nunca deveria ter existido no mundo jurídico, sendo impossível, assim, que tivesse uma válida produção de efeitos.

Na terra tupiniquim, Rui Barbosa, seguindo a tradição norte-americana, igualmente sustentava que os atos inconstitucionais eram atos nulos, não surtindo efeitos legais (Barbosa, 1921, p. 30). A teoria da nulidade enraizou-se, por bastante tempo, na tradição brasileira, até mesmo originalmente na Constituição Federal de 1988 (Mendes, 2014, p. 367-368), vindo apenas a ser positivada sua previsão justamente a partir do artigo 27 da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº. 9.882/99.

Com o tempo, a *Scotus* também passou a mitigar a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, permitindo a preservação dos efeitos produzidos por normas poste-

riormente declaradas inconstitucionais. Exemplo nesse sentido é o caso *Linkletter v. Walker* (1965), pelo qual se postulava a aplicação de um precedente retroativo sobre uso de provas ilícitas nos Tribunais estaduais. O entendimento girou em torno do argumento de que a Constituição nem exigia nem proibía o efeito retroativo, podendo-se decidir acerca da eficácia temporal da decisão conforme cada caso (Estados Unidos da América, 1965).

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, a jurisprudência do STF⁵ já permitia a modulação de efeitos em controle concentrado antes mesmo da previsão normativa do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99, com o objetivo de preservar a “unidade da Constituição”, não sendo possível “sustentar que o texto constitucional precisava autorizá-la expressamente” (Brasil, 2023, p. 120-124). Além disso, demais técnicas decisórias têm sido incorporadas pela jurisprudência da Corte, como apelo ao legislador, interpretação conforme a Constituição e nulidade parcial sem redução de texto (Siqueira Jr., 2022, p. 475).

Ponto central do entendimento da Ministra Cármen Lúcia é que, nos julgados anteriores a Lei nº. 9.868/99 e que “modulavam” os efeitos da decisão, na realidade, estariam não mitigando em si a teoria da nulidade da lei, mas “procedendo à ponderação entre preceitos constitucionais”, porque a “lacuna resultante da declaração de nulidade” poderia ensejar uma situação mais inconstitucional ainda (Brasil, 2023, p. 124). Nesse sentido, a finalidade principal da modulação dos efeitos seria “proteger a segurança jurídica, direitos fundamentais ou outros valores constitucionais que o Tribunal entenda devam ser preservados”, a partir da restrição da eficácia temporal dos efeitos da decisão (Brasil, 2023, p. 125).

Haveria uma ponderação entre a norma que protege os “efeitos da aplicação do direito” e a norma constitucional “violada pela lei constitucionalmente inválida” (Brasil, 2023, p. 125). Seria o caso de declarar a inconstitucionalidade, mas, em nome dos princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, restringir os seus efeitos (Brasil, 2023, p. 125).

Contudo, na decisão da Ministra Cármen Lúcia, nada se menciona, de modo direto, acerca do significado de segurança jurídica para o Direito, apenas suscitando-o de forma “genérica” e subentendida.

O Ministro Edson Fachin falou em “equacionamento de todas [...] expectativas” para motivar a constitucionalidade da modulação de efeitos, preservando-se os “princípios da legalidade e da igualdade” (Brasil, 2023, p. 132).

5 Exemplos nesse sentido: RE 33.146, Relator Ministro Afrânio Costa (convocado), Segunda Turma, DJ 16.5.1958; RE 49.735, Relator Ministro Pedro Chaves, Segunda Turma, DJ 8.6.1966; RE 61.410, Relator Ministro Themistocles Cavalcanti, Segunda Turma, DJ 28.6.1968; RE 79.343, Relator Ministro Leitaó de Abreu, Segunda Turma, DJ 2.9.1977; Rp 971, Relator Ministro Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 7.11.1978; Rp 244, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Tribunal Pleno, DJ 24.11.1955; Rp 415, Relator Ministro Antonio Martins Vilas Boas, Relator para o acórdão Ministro Henrique D’Avilla (convocado), Tribunal Pleno, DJ 17.8.1960; MS 7.275, Relator Ministro Cândido Motta, Tribunal Pleno, DJ 26.10.1960.

O Ministro Ricardo Lewandowski mencionou que o tempo possui “natureza jurídica”, produzindo, assim, efeitos no mundo jurídico que devem ser levados em consideração, a partir da segurança jurídica enquanto pilar do Estado Democrático de Direito (Brasil, 2023, p. 149).

O Ministro Gilmar Mendes igualmente referiu, dentre outras razões, a “ponderação entre valores constitucionais colidentes” para justificar a “necessidade de obtemperar a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (Brasil, 2023, p. 192).

Nota-se, assim, que uma das motivações principais para a declaração de constitucionalidade do instituto da modulação da eficácia temporal (artigo 27 da Lei nº. 9.868/99) foi fundamentada no princípio da segurança jurídica. Dessa forma, calha refletir se houve a definição ou fixação de parâmetros acerca do significado e concretude do princípio da segurança jurídica, e, mais importante que isso, a(s) hipótese(s) excepcional(is) que permite(m) sua aplicação, a partir da jurisprudência excelsa, o que se realiza a seguir.

3 O DOGMA DA “SEGURANÇA JURÍDICA” NA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO A PARTIR DA ADI 2.154

Na década de 90, Mendes (1996, p. 229) defendeu que era preciso superar o “dogma da nulidade da lei inconstitucional” imbuído na tradição brasileira por bastante tempo, a fim de dar cabo às inconstitucionalidades que surgiam do vácuo temporal da declaração de inconstitucionalidade de um ato do Poder Público. Tal tradição do Direito brasileiro precisava levar em conta critérios excepcionais, como a segurança jurídica.

Em 1999, seguindo a tendência jurisprudencial do STF, o legislador então resolveu o problema, positivando a possibilidade da modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público, a partir das aludidas Lei nº. 9.868/99 e Lei nº. 9.882/99, em controle concentrado.

A partir desses marcos legislativos, consolidou-se a mitigação da teoria clássica da nulidade, em prol da modulação temporal dos efeitos. Não se olvide, aliás, que isso foi obra de argumentos consequencialistas: Barroso (1996, p. 106) e Sarmiento (1998, p. 36) defendiam ser um certo truísmo a afirmação de que não se poderia, durante o exercício do controle jurisdicional, desconsiderar por completo os efeitos concretos produzidos pela decisão judicial. O Judiciário teria “responsabilidade sobre as consequências dos seus julgados” (Sarmiento, 1998, p. 36).

A tensão entre a teoria da nulidade e a teoria da mitigação dos efeitos recrudescer, em verdade, a um debate anterior: positivistas e não (ou pós) positivistas. Kelsen

(1995, p. 300), por tal razão, teria defendido a teoria da nulidade, porque, afinal de contas, a tarefa do julgador beirava essencialmente a um trabalho lógico-subsuntivo. A partir da natureza “aberta” e “principlológica” da Constituição, esse papel mais mecânico perde espaço para um processo interpretativo do Direito (Sarmiento, 1998, p. 36).

A decadência da teoria da nulidade a partir da década de 90, no cenário brasileiro, por conseguinte, não guarda uma mera coincidência com a era pós-positivista, na realidade, é essencialmente a partir dela que floresce a teoria da mitigação dos efeitos.

No acórdão da ADI 2.154, o termo “segurança jurídica” foi empregado trinta e nove vezes. Dessas, em nenhuma das oportunidades houve a conceituação de “segurança jurídica”, ainda que de modo genérico (porque se discute a questão em controle abstrato).

A modulação de efeitos, portanto, representa uma exceção à regra. Porque a regra é que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sejam retroativos à origem da inconstitucionalidade. Para tanto, deve-se buscar, dentre outros requisitos, a preservação da segurança jurídica ou do excepcional interesse social. Acontece que a Lei nº. 9.868/99 não dispõe sobre a definição desses conceitos jurídicos abstratos. O que é segurança jurídica? O que é excepcional interesse social?

O questionamento especificamente sobre o que é segurança jurídica perpassa, *prima facie*, pela resposta em cadeia a perguntas como: a jurisprudência do STF possui entendimento acerca do significado de “segurança jurídica”? Se sim, houve na ADI 2.154/DF também uma resposta ao questionamento anterior? Os julgados que constituem esses precedentes foram citados e trabalhados no acórdão em debate? Essa linha sugestiva de perguntas não deixa de representar um “romance em cadeia” pelo qual almeja conferir integridade ao Direito, a partir da retomada e revisitação de respostas anteriores (Dworkin, 1999).⁶

É preciso saber se existe uma definição (ainda que jurisprudencial do STF) para o que é segurança jurídica, ou se, contrariamente, ela acaba sendo apenas um dogma pelo qual se repete incessantemente sem nunca ser conceituada. A importância maior em investigar se há um conceito, ainda que não único, para o que é segurança jurídica é fundamental porque, ao não definir na ADI 2.154 o que ela é, mesmo dizendo que a modulação dos efeitos ocorre principalmente a partir dela, o próprio STF, contraditoriamente, não gera com sua decisão segurança jurídica.

Quer dizer, ao enfatizar que a modulação temporal com fundamento na segurança jurídica é válida e constitucional, como se sabe, então, qual(is) a(s) situa-

6 Dworkin utiliza o romance em cadeia como uma metáfora para explicar o processo de interpretação e da criação do direito. Significa um “romance que é escrito por um grupo de pessoas que devem, em sequência, continuar a escrita do ponto em que o seu co-escritor e antecessor parou” (Macedo Junior, 2017, p. 77).

ção(ões) excepcional(is) a(as) qual(is) será permitida a modulação dos efeitos? E não se olvide que o legislador tem sua parcela de “culpa”, porque ao editar o artigo 27 da Lei 9.868 também não conceituou o que é segurança jurídica.

Ao compulsar a doutrina especializada, verifica-se que o significado de segurança jurídica é extenso. Como ponto central, André Tavares cita que representaria um “direito à estabilidade mínima da ordem jurídica”, alcançada pela “existência de cláusulas de eternidade na Constituição dotada de supremacia”, girando em torno, essencialmente, das cláusulas pétreas, da rigidez de alteração das normas constitucionais e das limitações materiais ao legislador e às demais fontes do Direito (Tavares, 2023, p. 1384-1385).

Entretanto, em sentido amplo, Tavares (2023, p. 1385) menciona que pode abranger os seguintes pontos:

- i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada;
- ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas;
- iii) o devido processo legal e o juiz natural;
- iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais;
- v) o direito contra a violação de direitos;
- vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente;
- vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas);
- viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais;
- ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva;
- x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.

Assim, o núcleo substancial do que se entende por “princípio da segurança jurídica” estaria composto, essencialmente, em torno (1) da regra constitucional da irretroatividade da norma, (2) do ato jurídico perfeito, (3) do direito adquirido, (4) da coisa julgada e (5) da proibição do retrocesso de direitos sociais (Tavares, 2023, p. 1390-1395).

Canotilho (1999, p. 257) aponta o caráter objetivo e subjetivo da segurança jurídica: no seu viés objetivo, significa uma garantia de estabilidade da ordem jurídica; e no viés subjetivo, representa a confiança que o indivíduo deve possuir dos atos do Poder Público, em termos de calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos de tais atos. Assim, a síntese de ambas as dimensões, para Mitidiero, Sarlet e Marinoni (2023, p. 682), seria uma “proteção da confiança legítima como expressão essencial da segurança jurídica no Estado de Direito”.

Ao julgar a ADI 2909 ED/RS, o Ministro Alexandre de Moraes, antes de apreciar o pedido de modulação dos efeitos, dissertou acerca da segurança jurídica (Brasil, 2018, p. 11):

[a] segurança jurídica se faz presente a impedir que se desconsiderem de modo, sublinhe-se, injustificado, situações jurídicas que viessem sendo consideradas cristalizadas, até o momento em que verificada alteração em sua compreensão de jurídica. Há que se tomar sempre a segurança jurídica, como valor constitucional que é, e por deferência à unidade da Constituição, passível de harmonização com outros dos valores constitucionais.

À primeira vista, assim, pareceria fácil a solução dos casos com base na segurança jurídica. Seguindo-se, por exemplo, o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Brasil, 1988) – bastaria verificar, caso a caso, se a inconstitucionalidade declarada pelo guardião da Constituição prejudica ou não o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e/ou a coisa julgada.

Contudo, seguindo essa linha simplória, bastaria ao Fisco então, à título de exemplo, instituir tributo inconstitucional e, depois de anos de sua cobrança indevida, em que o STF declara a inconstitucionalidade do tributo, vir o Fisco alegar que haverá um prejuízo econômico incalculável – como, aliás, alega-se em praticamente todas as demandas tributárias –, e tudo que foi pago continuar assim a partir da modulação temporal dos efeitos da decisão?

Portanto, não é suficiente a mera violação de institutos clássicos da segurança jurídica (direito adquirido, o ato jurídico perfeito e/ou a coisa julgada) para a modulação temporal dos efeitos; é preciso um elemento a mais, um elemento de excepcionalidade – pelo qual não foi esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.154.

Sarmiento (1998, p. 38) ensina uma importante lição acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão: o critério da proporcionalidade passa a guiar a referida excepcionalidade. Isto é, havendo “interesses constitucionais em conflito” gravitando em torno da decisão, a proporcionalidade é o critério que estabelecerá se haverá ou não uma necessária excepcionalidade a fim de justificar a modulação dos efeitos, considerando-se os conflitos entre a segurança jurídica e demais interesses constitucionais que forem afetados pelo vácuo temporal da declaração de inconstitucionalidade do ato em questão:

assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *ex nunc* da decisão proferida no controle de inconstitucionalidade, sempre que esta restrição: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse, e (c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais (Sarmiento, 1998, p. 38).

Essa leitura do professor Daniel Sarmento reflete, realmente, o entendimento que passou a ser adotado pelo Supremo Tribunal. No acórdão do RE 870947 ED constou, por exemplo, a partir do voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão:

[...] 4. **Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento.** A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE.

5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados (...) (Brasil, 2019, p. 3, grifos nossos).

Ademais, no julgamento da ADI 875, o relator, Ministro Gilmar Mendes, tocou em seu voto justamente neste ponto neural – como a segurança jurídica seria tutelada como fundamento da modulação dos efeitos:

[...] fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 **tem caráter fundamentalmente interpretativo**, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. **No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que ela encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito**, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.

[...] O que importante assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, **o princípio da nulidade somente há de ser afastado se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica** ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

[...] Terá significado especial **o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade** (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade [...] (Brasil, 2010, p. 275-277, grifos nossos).

Diante desse entendimento, a modulação dos efeitos de decisão em controle concentrado exigiria uma ponderação entre aplicar a teoria da nulidade do ato inconstitucional *versus* as consequências do vácuo inconstitucional para demais interesses constitucionais, a partir do critério da proporcionalidade. Em sendo desproporcional (notadamente em sentido estrito, a partir de um juízo de ponderação) as consequências do vácuo dos efeitos da inconstitucionalidade, nasce então a excepcionalidade a embasar a modulação temporal dos efeitos da decisão com subsídio na segurança jurídica.

Ao compulsar o julgamento da ADI 2.154, apenas a Ministra Cármen Lúcia referiu em seu voto a proporcionalidade como critério da excepcionalidade (Brasil, 2023, p. 147-148, grifos nossos):

[o]corre que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade das leis inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, pode trazer graves consequências de natureza concreta, além de potencialmente contribuir para a incerteza e a insegurança jurídica, **violando, consequentemente, princípios gerais tão caros ao nosso ordenamento**, como o da legítima confiança, da dignidade da pessoa humana e **o da proporcionalidade**.

Ponderação constitui-se dentro de uma “regra”⁷ maior: a proporcionalidade, se tomada por base a doutrina alemã de direito constitucional, notadamente Alexy (2008). Nesse sentido, a regra da proporcionalidade pressupõe três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Modo geral, então, tal regra expressa o ideal de mandamento de otimização, aplicável, por exemplo, na interpretação de direitos fundamentais, em que são tratados como mandamentos a serem otimizados o máximo possível, dentro das possibilidades fática e jurídica. Assim, ponderar significa a otimização de “princípios contrapostos” (Mota; Pereira, 2012, p. 41-42).

Nesse sentido, a ponderação faz parte, maiormente, da subregra da proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação ocorreria por meio de um discurso com graus de etapa.⁸ Contudo, essas “etapas da ponderação” não são capazes de estabelecer seu nexos causal com a racionalidade; assim, para constatar se a ponderação operou a partir de um discurso racional, é preciso reconhecer que nela está presente

7 Segundo a leitura de Virgílio Afonso da Silva, é possível notar que, para Alexy, a proporcionalidade não seria propriamente um “princípio”, porque não se concretiza a partir do conflito entre normas-princípios, mas a partir de “graus” ou por meio de “regras de prevalência” (Silva, 2002, p. 24). O professor ainda comenta que, na visão do próprio Alexy, seria “regra da proporcionalidade”, porque sua forma de concretização ocorre a partir da subsunção, que é típico das “regras” (Silva, 2002, p. 24-26).

8 A lei da ponderação pode ser dividida em três etapas: “1ª) estabelece os graus de insatisfação ou detrimento de um primeiro princípio; 2ª) estabelece a importância de satisfazer o princípio oposto; 3ª) estabelece se a necessidade de satisfazer o segundo princípio realmente justifica adotar postura em detrimento do primeiro” (Mota; Pereira, 2012, p. 42). A partir da ponderação, é possível estabelecer uma universalizabilidade do discurso, isto é, serve de “ponte entre a ponderação do caso particular e a universalização” (Mota; Pereira, 2012, p. 44).

um “sistema de inferências”, isto é, uma lógica subsuntiva de regras ao caso concreto (Mota; Pereira, 2012, p. 42).

Por isso, o critério da proporcionalidade, na verdade, expressa um conflito entre normas constitucionais propriamente, ou seja, quando se fala que o critério para aplicar a excepcionalidade de modular temporalmente os efeitos da decisão a partir da segurança jurídica está na proporcionalidade, quer-se dizer, realmente, que o vácuo temporal geraria um efeito “mais” inconstitucional do que a nulidade em si. Seria o caso, então, de ponderar os efeitos da decisão por meio dos demais valores constitucionais envolvidos.

Ao travar debate no julgamento da ADI 855-2/PR, por exemplo, o Ministro Eros Grau ironizou o uso indiscriminado da proporcionalidade como critério de “juízo de ponderação” dos conflitos constitucionais, trazido na fala do Ministro Cesar Peluso, rebatendo-o ao dizer que “isso não está escrito na Constituição. Perdoe-me” (Brasil, 2008, p. 149). Sustentou que deveria a Corte dar nome às coisas (direitos ou preceitos violados) e não invocar genericamente e por reducionismo a proporcionalidade. A ofensa não seria a ela, mas ao preceito fundamental em questão; porque senão, sob pretexto da “proporcionalidade”, a Corte poderia “fazer o que bem entender” frente ao texto legislado (Brasil, 2008, p. 152-156).

Portanto, se o dogma da nulidade da lei inconstitucional – como referenciou no passado o professor Gilmar Mendes – teve de ser historicamente superado, a fim de dar cabo às inconstitucionalidades que surgiam do vácuo temporal da declaração de inconstitucionalidade de um ato do Poder Público; o desafio, no presente, passa a ser o dogma da segurança jurídica, que fundamenta os veredictos de modulação temporal, mas, simultaneamente, não se compreende ao certo o que significa e quais seus critérios de aplicação diante da excepcionalidade que apresenta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se investigar se, ao julgar a ADI 2.154/DF, os Ministros que votaram pela constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 definiram ou fixaram parâmetros acerca do significado e concretude do princípio da segurança jurídica, especialmente a fim de determinar a(s) hipótese(s) de aplicação de tal excepcionalidade.

Referida definição não houve, própria e diretamente, a partir da ADI 2.154. Contudo, compulsando-se respostas anteriores da Corte, como no julgamento do RE 870947 ED e da ADI 875, somada a lição de Daniel Sarmento, verificou-se que a aplicação da excepcionalidade da modulação temporal dos efeitos, a partir da segurança jurídica enquanto seu fundamento, encontra-se calcada no critério da proporcionalidade.

Isso significa dizer que modulação temporal exigiria uma ponderação entre aplicar a teoria da nulidade do ato inconstitucional *versus* as consequências do vácuo inconstitucional para demais interesses constitucionais. Em sendo desproporcional (notadamente em sentido estrito, a partir de um juízo de ponderação) as consequências do vácuo dos efeitos da inconstitucionalidade, nasce então a excepcionalidade apta a embasar a modulação temporal dos efeitos da decisão com subsídio na segurança jurídica.

Quando se diz que a ADI 2.154 incorporou uma argumentação dogmática da segurança jurídica para declarar a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, busca-se demonstrar, deveras, que o romance em cadeia de Dworkin não teve palco. Não houve na decisão uma resposta ao significado de “segurança jurídica” e as decisões anteriores que trataram de conceituá-la não foram abordadas. A consequência acabou sendo uma resposta da Corte sem o condão de pôr fim às celeumas que envolvem a aplicação da excepcionalidade em debate.

Se o dogma da nulidade da lei inconstitucional foi superado a partir da modulação temporal, parece ter se instalado um novo dogma: o da segurança jurídica, considerando a ausência de clareza quanto a sua aplicação excepcional. Por sua vez, a “solução” do dogma da segurança jurídica passa pela aplicação do critério da proporcionalidade, cuja tarefa de buscar um significado concreto distancia-se mais ainda do objetivo inicial do trabalho (desvendar a segurança jurídica enquanto fundamento da modulação dos efeitos).

Supera-se um dogma, colocando-se outro em seu lugar. Todavia, a jornada jurídica é permeada desses desafios. Eis o itinerário permanente do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal. **Revista de Direito Público e de Administração Federal, Estadual e Municipal**, v. 1, n. 1, p. 27-35, jan./fev. 1921.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. **Lei 9.868/99, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2/PR**. Tribunal Pleno. Relator Min. Octavio Gallotti, redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 06 de março de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2154/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Redatora do acórdão Min.^a Cármen Lúcia. Brasília, 03 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.909/RS**. Tribunal Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1438516>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 870.947/SE**. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux, Redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 03 de outubro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751789287>. Acesso em: 18 out. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Linkletter v. Walker** (381 U.S. 618). Julgado em 1965. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html>. Acesso em: 28 out. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison** (5 U.S. 1 Cranch 137). Julgado em 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 28 out. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Norton v. Shelby County** (118 U.S. 425). Julgado em 1886. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/425/>. Acesso em: 28 out. 2023.

HAMILTON, Alexander. **Federalista número LXXIII**. In: Os artigos federalistas. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito-capítulo VII). Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. **Revista Direito Mackenzie**, [s./l.], v. 10, n. 2, p. 71-103, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Argumentação jurídica, ponderação e representatividade argumentativa na obra de Robert Alexy. **Revista Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 21–50, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/9860>. Acesso em: 18 out. 2023.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, [S./l.], v. 212, p. 27–40, 1998. DOI: 10.12660/rda.v212.1998.47163. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47163>. Acesso em: 27 out. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

PARTE 8
DIREITOS FUNDAMENTAIS
E GARANTIAS JUDICIAIS:
DEVIDO PROCESSO E TUTELA JUDICIAL

A (I) LEGITIMIDADE DO EFEITO BACKLASH FRENTE ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LA (I) LEGITIMIDAD DEL EFECTO BACKLASH ANTE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

Plácido Ferreira da Silva¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

RESUMO

Nos países com regimes democráticos, tornou-se comum a adoção da teoria clássica de Maquiavel referente à separação de Poderes. Embora o Estado seja uno, o seu poder é exercido pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A este cabe o papel primordial de guardião da Constituição, dando a última palavra sobre o que é ou não Constitucional. Ocorre que numa sociedade complexa, fruto de um sistema capitalista sofisticado, a sociedade civil tem anseios muitas vezes antagônicos entre os seus integrantes e, não raro, a Suprema Corte é acionada para decidir acerca de fatos que demandam uma subsunção da norma, o que pode provocar descontentamento de parcela da sociedade civil que, por sua vez, reage de forma “ilegítima”, instigando outras pessoas a se insurgirem em face da decisão tomada, incentivando, até mesmo, o seu descumprimento. A recalcitrância a uma deliberação judicial é denominada atualmente de efeito backlash. Embora existam defensores do efeito backlash, asseverando até mesmo a sua positividade para o direito no sentido de que expressa o desejo de um povo na construção do conteúdo constitucional emanado de decisões judiciais, certo que há opositores que, por sua vez, advogam a ilegitimidade desta reação popular, ante a sua falta de previsão constitucional, tentando desacreditar o Poder Judiciário através de uma desobediência antidemocrática. O objetivo é avaliar se o efeito backlash é um instrumento (i) legítimo frente às decisões do Supremo Tribunal Federal. O método a ser adotado será o hipotético-dedutivo. A metodologia que será utilizada é a da pesquisa bibliográfica com consulta, de material impresso ou eletrônico, a artigos científicos, livros, estudos, leis, sítios eletrônicos oficiais de instituições e/ou sítio eletrônico com informações verídicas e com credibilidade, para se fazer uma abordagem do efeito backlash

-
- 1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais (EPD). Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC). Aluno no Grupo de Pesquisa Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” na Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Advogado. E-mail: placidiofs@gmail.com.
 - 2 Doutor em Direito do Estado pela PUC/ SP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e em Física Quântica pela UFES. Bacharel em Direito e em Física pela UFES. Realizou pós-doutorado na Universidade de Coimbra. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública - Mestrado Profissional - da UFES. Professor do Curso de Direito da FDV. Procurador Federal. E-mail: adrianopedra@fdv.br.

e que pode interferir significativamente, na vida das pessoas e do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República, não é só um texto, mas caso assim fosse identificado seria um texto cheio de vida, pois traz em seu bojo o funcionamento do Estado, prevendo repartição de competências, as instituições que compõem o Estado Democrático de Direito e sua forma de organização político, administrativa e financeira, além dos direitos e garantias fundamentais. O desenho traçado pela Constituição não contempla qualquer conduta que não sejam as previstas pelas normas constitucionais, não existindo espaços que não os originalmente previstas ou posteriormente criados, mas com ele compatíveis, o que não é o caso do efeito backlash.

Palavras-chave: Efeito backlash. Ilegitimidade. Decisões judiciais.

RESUMEN

En países con regímenes democráticos se ha vuelto común la adopción de la teoría clásica de Maquiavelo sobre la separación de Poderes. Si bien el Estado es uno, su poder es ejercido por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Este tiene el papel primordial de guardián de la Constitución, dando la última palabra sobre lo que es o no Constitucional. Resulta que en una sociedad compleja, resultado de un sistema capitalista sofisticado, la sociedad civil tiene a menudo deseos antagónicos entre sus miembros y, no pocas veces, la Corte Suprema es llamada a decidir sobre hechos que requieren una subsunción de la norma, que puede provocar descontento entre una parte de la sociedad civil que, a su vez, reacciona de forma “ilegítima”, instigando a otras personas a rebelarse contra la decisión adoptada, e incluso fomentando su incumplimiento. La obstinación en una deliberación judicial se denomina actualmente efecto contragolpe. Si bien hay defensores del efecto contragolpe, afirmando incluso su positividad para el derecho en el sentido de que expresa la voluntad de un pueblo en la construcción del contenido constitucional que emana de las decisiones judiciales, lo cierto es que hay opositores que, a su vez, defienden la ilegitimidad de esta reacción popular, ante su falta de previsión constitucional, que intenta desacreditar al Poder Judicial mediante la desobediencia antidemocrática. El objetivo es evaluar si el efecto backlash es un instrumento (i)legítimo a la luz de las decisiones del Tribunal Supremo Federal. El método a adoptar será hipotético-deductivo. La metodología que se utilizará es la investigación bibliográfica con consulta de material impreso o electrónico, artículos científicos, libros, estudios, leyes, sitios web oficiales de instituciones y/o sitios web con información veraz y creíble, para hacer un acercamiento al efecto contragolpe y que puede interferir significativamente en la vida de las personas y en el Estado democrático de derecho. La Constitución de la República no es sólo un texto, pero si se identificara como tal sería un texto lleno de vida, pues recoge en sí el funcionamiento del Estado, previendo la distribución de competencias, las instituciones que la integran el Estado Democrático de Derecho y su forma de organización política, administrativa y financiera, además de los derechos y garantías fundamentales. El diseño trazado por la Constitución no contempla conductas distintas a las previstas por las normas constitucionales, y no existen espacios distintos a los originalmente previstos o creados posteriormente, pero compatibles con ella, lo que no ocurre con el efecto contragolpe.

Palabras clave: Efecto backlash. Ilegitimidad. Decisiones judiciales.

1 INTRODUÇÃO

A concepção da Separação dos Poderes, embora refinada por Montesquieu (2000), teve suas raízes nos trabalhos de John Locke em um contexto inglês marcado pelo confronto entre a monarquia e o parlamento na busca por um poder centralizado e personalizado. Na sua argumentação em prol da liberdade individual, Locke propôs que o Estado emergia de um pacto social onde o indivíduo transferia o poder de que dispunha ao Estado soberano. Locke (1994), com a liberdade individual em seu núcleo, pressentiu a necessidade de uma perspectiva descentralizada do poder e do Estado, uma visão que forneceu a fundação para movimentos históricos como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa.

Locke (1994) percebeu que as funções de legislar e de executar as leis não poderiam residir na figura única do monarca. Esta realização levou à diferenciação entre os poderes legislativo e executivo, embora Locke (1994) não tenha delineado um poder judiciário, pois, em sua visão, a entidade que executava as leis também impunha punições por transgressões (Locke não mencionou explicitamente um poder judiciário separado). As ideias de Locke (1994) foram moldadas pelo desejo de paz, conforto e segurança na sociedade e ele via a formação de uma entidade com poder para agir em nome desses objetivos como o início de um governo legítimo, sugerindo assim a emergência de um Estado de Direito que requer a aplicação de leis e limites por um órgão distinto. A Teoria da Separação dos Poderes emergiu dessa reflexão, defendendo que a concentração do poder legislativo e executivo no mesmo órgão resultaria em um retorno ao centralismo de poder.

Posteriormente, o filósofo francês Montesquieu (2000) ampliou as ideias de Locke (1994) e, após duas décadas estudando várias sociedades europeias, escreveu “O Espírito das Leis”. Nessa obra, ele realça o papel fundamental das leis na estruturação das sociedades humanas, argumentando que as leis se tornam necessárias quando a organização em sociedade proporciona mais poder do que a condição individual, revertendo o estado de guerra natural por meio do ordenamento jurídico do Estado.

Montesquieu (2000) então levou adiante a Teoria da Separação dos Poderes, instituindo uma divisão funcional entre os poderes de legislar, executar e julgar, que tradicionalmente estavam concentrados sob uma única autoridade. Seu pensamento influenciou profundamente a arquitetura jurídica e as estruturas institucionais dos Estados constitucionais modernos. Antes dessa sistematização estatal, baseada nas ideias de Locke (1994) e Montesquieu (2000), foi o conceito de Estado de Direito que tomou forma e posteriormente se desenvolveu no que hoje chamamos de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional. O Estado de Direito se revelou por meio de um processo evolutivo, caracterizado pela redefinição de valores e ideais

pré-existentes, onde a característica definidora era a regulação legal do poder político, com o propósito de prevenir o uso arbitrário do poder.

A conexão entre a instauração do Estado Democrático de Direito e a Teoria da Separação dos Poderes é notória, pois ambos são direcionados para um propósito comum: restringir e orientar a atuação do poder estatal visando a promoção do bem-estar social. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito expande as liberdades individuais ao limitar o poder do Estado e consagra a lei como a única fonte de deveres, assegurando previsibilidade e segurança jurídica, garantindo liberdade e igualdade para todos os sujeitos a ela, além de uma constante busca por justiça social. No fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a expressão do poder estatal é definida pelas leis e visa estabelecer uma forma de governança legítima, enraizada na soberania popular e orientada pelos princípios da justiça social e do respeito à dignidade humana (Meirelles Junior, 2016).

Além disso, no cerne do Estado Democrático de Direito encontra-se a Constituição, que se baseia na legalidade democrática. Assim, a estruturação do poder no Estado Democrático de Direito é enraizada nos princípios constitucionais. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 instaurou um Estado Democrático de Direito e definiu diretrizes essenciais para a concretização da estrutura estatal desejada. Em um sistema onde a supremacia da Constituição é a regra e onde objetivos como liberdade, justiça, solidariedade social, desenvolvimento nacional e o bem-estar de todos são almejados, a fiel aplicação da Teoria da Separação dos Poderes é crucial. Os poderes do Estado devem operar de maneira equilibrada, simétrica e harmoniosa, sempre em alinhamento com os princípios constitucionais estabelecidos. Conforme Montesquieu anteviu, o equilíbrio entre as três funções do poder é fundamental; a falta desse equilíbrio não conduz a uma democracia, mas sim ao surgimento de um governo tirânico (Meirelles Junior, 2016).

No intrincado balé das instituições democráticas, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha uma coreografia constitucional distinta, balanceando-se como guardião da Carta Magna e árbitro das tensões sociopolíticas. A harmonia desta dança institucional é, por vezes, desafiada pelo fenômeno conhecido como “efeito backlash”, que surge como uma reação contrária de segmentos da sociedade às decisões judiciais de alto calibre. Este trabalho visa desvelar a complexa natureza do efeito backlash em resposta às decisões do STF, buscando discernir sua posição na encruzilhada entre a expressão democrática e a estabilidade constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, longe de ser um mero texto inerte, pulsa com o dinamismo das interações entre o Estado e seus cidadãos, delineando não apenas a estrutura e competências estatais, mas também consagrando os direitos e garantias fundamentais. Em um país marcado por uma diversidade social e política ampla, o STF frequentemente, encontra-se no olho do furacão, decidindo

questões que ressoam profundamente nos vários estratos da sociedade. Entretanto, quando as decisões do STF provocam insatisfação pública, dando origem ao efeito backlash, emerge a questão da legitimidade desta reação: é ela um componente vital da democracia ou uma ameaça à integridade do ordenamento jurídico?

O objetivo geral deste estudo é avaliar a dualidade do efeito backlash frente às decisões do STF, ponderando sua natureza como reflexo do envolvimento democrático ou como um vetor de instabilidade jurídica. Para tal, estabelecem-se três objetivos específicos: primeiramente, aprofundar a compreensão do papel constitucional do STF e sua função precípua de interpretação das leis; secundariamente, mapear as circunstâncias e consequências do backlash decorrente de suas decisões; e, por fim, sondar as repercussões desse fenômeno sobre o Estado Democrático de Direito, explorando a tensão entre a reação popular e a autoridade da justiça constitucional.

O problema de pesquisa que guia este trabalho se articula na seguinte interrogação: Qual é o impacto do efeito backlash nas decisões do Supremo Tribunal Federal e até que ponto ele pode ser concebido como um instrumento legítimo de expressão democrática, sem que isso implique um risco à ordem constitucional e à autoridade judiciária no Brasil?

Por meio do método hipotético-dedutivo e de uma abordagem bibliográfica criteriosa, investigaremos o fenômeno do backlash, suas raízes, dinâmicas e desdobramentos. Esta análise não só iluminará aspectos teóricos do direito constitucional e da ciência política, mas também trará reflexões práticas e contemporâneas sobre os desafios enfrentados pela justiça e pela democracia brasileira.

2 O STF E A INVIOABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), designado como o principal guardião da supremacia e autoridade da constituição brasileira, deve constantemente reafirmar seu compromisso e fidelidade ao texto fundamental da democracia brasileira. Aos juízes e tribunais do país, particularmente à alta corte do Brasil, cabe a responsabilidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais de todos, repelir atitudes abusivas do governo, priorizar a dignidade essencial do ser humano, efetivar os acordos internacionais que salvaguardam grupos vulneráveis contra discriminação, e contrariar qualquer tentativa de opressão pelo Estado (CNJ, 2022).

Consciente desta missão, o STF assume um papel crucial perante o Brasil e seu povo, zelando pela inviolabilidade da Constituição que rege a nação e garantindo sua integridade. O Tribunal previne que conveniências pragmáticas ou interesses particulares de qualquer grupo ou instituição prevaleçam sobre a Lei Maior (Santos, 2013).

É de extrema importância reconhecer que o STF, investido pelo poder constituinte original como protetor da Constituição, não pode abdicar deste *munus* vital. Se o Tribunal falhar nesta missão essencial, as consequências seriam graves: o comprometimento do sistema político, das liberdades públicas, da ordem jurídica, da segurança nas relações jurídicas e da legitimidade das instituições republicanas. Nenhum poder da República está acima da Constituição, não devendo subjugá-la a interpretações hermenêuticas caprichosas ou conveniências políticas, pois a relação de qualquer um dos Três Poderes com a Constituição deve ser marcada por um respeito incondicional (Feitoso, 2020).

Nada justifica a quebra da ordem constitucional, e nenhum ato de deslealdade à Lei Fundamental pode ser reparado. Assim, o STF, que resiste a submissões e não tolera a arbitrariedade dos governantes, exerce suas funções e jurisdição nos limites estabelecidos pela própria Constituição. Isso não deve ser confundido com uma indevida interferência nos outros poderes da República, mas sim como a legítima atuação do Judiciário na defesa de direitos constitucionais, frente a qualquer forma de arbítrio, violência ou abuso (Feitoso, 2020).

Vale ressaltar (e recordar) que o STF, lidando com questões delicadas que envolvem tanto o Direito quanto a Política, tem uma sólida orientação jurisprudencial, que remonta aos primórdios da República e se fortaleceu durante a Primeira República, reconhecendo a legitimidade da intervenção judicial na proteção de direitos, garantias e princípios constitucionais frente a possíveis violações pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Esta postura, longe de violar o princípio da separação dos poderes, é corroborada por uma vasta jurisprudência (por exemplo, MS 25.668/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

3 A SOCIEDADE CIVIL E O EFEITO BACKLASH

3.1 DEFINIÇÃO E SURGIMENTO DO EFEITO BACKLASH

A palavra “backlash” passou por um processo evolutivo em seu significado, mudando ao longo do tempo de acordo com o contexto em que foi empregada (Fonteles, 2019). Em uma interpretação para o português, nos deparamos com a palavra “folga” (tradução nossa). Fonteles (2019, p. 25) e Post e Siegel (2007, p. 388), docentes da Yale Law School, apontam que, historicamente, o termo era associado a falhas mecânicas em engrenagens ou até mesmo a um evento inesperado e problemático em carretilhas de pesca. Em essência, o termo consistentemente apontou para fenômenos negativos ou que geram efeitos opostos aos antecipados. Mesmo que esses usos originais pareçam distantes dos debates atuais, eles oferecem

um paralelo sutil com os conceitos recentemente incorporados no campo do Direito Constitucional internacional:

Com o passar do tempo, por volta da metade do século XX, a palavra aproximou-se do seu significado utilizado nos domínios do Direito Constitucional, sendo entendida como uma reação da opinião pública a controvérsias políticas. Já nesse contexto mais próximo do atual, historicamente, o termo backlash foi percebido como uma reação às lutas por direitos civis, a exemplo dos direitos fundamentais dos negros norteamericanos (“white backlash”) e das mulheres (backlash como reação ao feminismo) [...] (Fonteles, 2019, p. 25)

Atualmente, o indivíduo que utiliza o fenômeno backlash de forma pejorativa e contrária aos direitos fundamentais não só revela sua falta de sintonia com os tempos atuais, mas também evidencia sua ignorância sobre um tema de grande complexidade, distorcendo assim o verdadeiro significado para seus ouvintes (Fonteles, 2019). É fundamental reconhecer, em uma abordagem preliminar sobre o tema, que o backlash deve ser compreendido como uma reação ampla e contrária a uma decisão repleta de controvérsias, proferida em variados contextos e capaz de provocar intensa reação e comoção social de múltiplas formas distintas. Assim, estabelece-se uma dinâmica de causa e efeito, e limitá-lo a uma única interpretação é desconsiderar sua complexidade e negar as diversas outras formas em que pode se manifestar (Fonteles, 2019).

Dada essa amplitude, Fonteles (2019, p. 23) propõe uma análise do conceito de backlash em três eixos: os sujeitos que se opõem à decisão controversa, perante quais órgãos e instituições eles protestam e qual é o objeto de tal protesto. Quanto aos sujeitos insurgentes, identificam-se dois grupos opostos que, com diferentes intensidades, moldam o efeito backlash: os conservadores e os progressistas. É importante clarificar que o objetivo deste estudo não é tomar partido de nenhuma dessas correntes ideológicas, mas apenas destacar, de maneira substancial, as duas facções dentro do debate teórico.

Os conservadores são definidos como aqueles que defendem os costumes e os valores arraigados na sociedade, alinhando-se à cultura, ao período histórico e ao contexto local em que se encontram (Coutinho, 2014). Portanto, muitas vezes são eles os principais protagonistas do backlash, especialmente em face de decisões inovadoras que confrontam a tendência geral da sociedade de aderir a ideais mais conservadores, embora não sejam os únicos atores (Fonteles, 2019). Para exemplificar uma perspectiva do conservadorismo, são notáveis as observações de João Pereira Coutinho, cientista político português de inclinação conservadora, sobre como o conservadorismo se relaciona e interage com as correntes progressistas:

O conservadorismo político recusa os apelos do pensamento utópico, venham eles de revolucionários ou reacionários. Mas o conservadorismo não se limita apenas a recusar esses apelos utópicos, que fazem da fuga para o futuro (ou para o passado) um programa de ação no momento presente. O conservadorismo por entender o potencial de violência e desumanidade que a política utópica transporta, irá também reagir defensivamente a tais apelos – e “reagir” é a palavra crucial para entender o conservadorismo como ideologia. (Coutinho, 2014, p. 26).

Desse modo, em oposição, encontra-se o pensamento progressista, que é fundamentalmente reformador e laico, alicerçado em princípios do iluminismo e do positivismo e que busca instigar alterações profundas e céleres na estrutura social (Bobbio, 1998). Nesta linha, Bobbio (1998, p. 1010) define que: “[...] a ideia de Progresso é compreendida como a concepção de que a trajetória das coisas, em particular da civilização, é marcada desde o princípio por um crescimento gradual do bem-estar ou da felicidade, com um aprimoramento do indivíduo [...]”. Portanto, os proponentes do progressismo também podem ser agentes do *backlash*, atuando contra decisões de natureza conservadora, demonstrando que o fenômeno não é exclusivo dos que defendem o *status quo* social (Fonteles, 2019, p. 29).

Com estas definições em vista, é evidente que esses dois grupos, ao ocuparem extremos opostos, estão inerentemente em desacordo, o que, na dinâmica do *backlash*, facilita a compreensão das razões que impulsionam a resistência do grupo “afetado”. De forma resumida, decisões com teor progressista provocarão reações conservadoras e, inversamente, medidas com essência conservadora mobilizarão o levante dos progressistas (Fonteles, 2019).

No que diz respeito ao segundo ponto de análise, se há uma insurgência, alguma entidade desencadeou essa reação. É preciso, então, identificar as instituições responsáveis por tomar decisões que possam gerar uma resposta de *backlash*. Ao contrário da concepção popular, tais reações não se limitam apenas a decisões judiciais de Cortes e tribunais superiores (Fonteles, 2019). As manifestações também podem ser em resposta a atos legislativos e administrativos (Fonteles, 2019; Post e Siegel, 2007).

Em resumo, ainda que este estudo não tenha a intenção de esgotar a análise dos julgamentos proferidos por todas as entidades que podem originar o *backlash*, e focará na avaliação de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, é importante reconhecer que a resistência pode ocorrer igualmente em face de tribunais de instâncias inferiores, juízos individuais e no âmbito administrativo e privado, ainda que em menor medida. Consequentemente, a insurgência se manifesta por meio de um instrumento que é a própria decisão emitida por uma determinada autoridade (Fonteles, 2019; Klarman, 2011; Post e Siegel, 2007). Ademais, entende-se o

backlash sob óticas teóricas variadas que, ao apresentarem perspectivas distintas, envolvem a definição em diferentes nuances que serão exploradas nesta pesquisa.

Estes casos foram escolhidos criteriosamente por representarem situações emblemáticas e por serem geradores de amplos debates na sociedade brasileira. Eles exemplificam não apenas a complexidade das questões jurídicas envolvidas, mas também refletem o impacto significativo dessas decisões no cenário político e social do país. Através da análise destes casos específicos, pretendemos explorar como as decisões do STF ressoam em diferentes esferas da sociedade, provocando discussões e, em certos momentos, confrontos ideológicos, o que os torna particularmente relevantes para o estudo do dinamismo judicial e sua interação com a dinâmica social e política do Brasil.

3.2 CASOS EMBLEMÁTICOS DE BACKLASH FRENTE A DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

De acordo com Kleinlein e Petkova (2017, p. 1073), o conceito de backlash foi inicialmente explorado no livro “The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Changes?” de 1991, obra de Gerald N. Rosenberg que examinou o impacto da Corte de Warren. Esse termo remete à era de ativismo da Suprema Corte dos Estados Unidos (1953-1969), famosa por suas decisões que protegiam as liberdades civis e expandiam as proteções constitucionais. Desde então, juristas progressistas começaram a demonstrar uma preocupação acentuada com o backlash, o que os conduziu a endossar formas de constitucionalismo mais populares ou um minimalismo judicial.

Neste contexto, é importante destacar que a terminologia backlash evoluiu significativamente em seu significado ao longo do tempo. Como evidenciado por Post e Siegel (2007, p. 388, tradução nossa), inicialmente, segundo o Oxford Dictionary, o termo descrevia uma falha mecânica em engrenagens. Como destacado pelos autores, tais usos do termo se referiam a consequências indesejadas e inversas ao esperado.

Com o avançar do século XX, o backlash começou a ser entendido de uma maneira mais alinhada ao campo do Direito Constitucional, interpretado como uma resposta pública às decisões judiciais em temas controversos e uma contraposição às tentativas de reforma política. Além disso, em um contexto histórico mais recente, o termo passou a ser associado a reações contrárias às lutas por direitos civis, exemplificado pelo “*white backlash*” contra os direitos dos negros e a reação contra o movimento feminista.

É crucial sublinhar esta evolução, pois muitos ainda usam o termo backlash presos a uma visão desatualizada, dando-lhe uma conotação negativa e contrária aos direitos fundamentais. Essa interpretação simplista obscurece a complexidade do termo como um fenômeno abrangente. Em tempos passados, o backlash foi, frequen-

temente, utilizado por setores conservadores como uma forma de resistência ao progresso judicial. Conforme ilustrado pelas fontes citadas, o backlash representa, dentro de um contexto sociopolítico, uma resistência a mudanças que desafiam o status quo estabelecido.

Sob uma perspectiva distinta, Cass Sunstein (2007) propõe uma definição de backlash mais concreta no contexto do direito, com ênfase na jurisprudência constitucional. Para o jurista americano, o fenômeno é caracterizado por uma “rejeição social intensa e prolongada a uma decisão judicial, seguida de esforços enérgicos para contestar essa decisão e anular seu efeito legal”. Embora seja uma definição rica, ela não abrange todas as nuances do fenômeno. Assim, este conceito de backlash, forjado dentro do contexto sociopolítico do início do século XXI americano, necessita ser refinado para adquirir uma relevância global e atualizada. Portanto, o conceito de Cass Sunstein (2004) será adotado como um ponto de partida para as análises subsequentes.

Um detalhe crucial na definição de Sunstein (2004) é a ausência de menção a uma reação especificamente das facções mais conservadoras da sociedade. O fenômeno do backlash transcende a simples oposição conservadora, como visto na definição anterior (Post e Siegel, 2007), pois pode surgir em resposta a decisões judiciais que não necessariamente desafiam o status quo. Embora menos comum, é viável a emergência de um *backlash* progressista, uma ideia que é ecoada por Kleinlein e Petkova (2017, p. 1075). Estes autores consideram um *backlash* progressista como a esperança em dias melhores para aqueles que resistem à administração americana ou aos partidos políticos de extrema direita na Europa.

No Brasil, é público a ocorrência de oposição pública a algumas decisões judiciais, tornando-se notório o papel da população como agente de resistência. Por exemplo, houve forte reação de certos setores da sociedade contra a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando os mesmos direitos da união estável entre homem e mulher, conforme estabelecido no art. 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) e no art. 1.723 do Código Civil (Brasil, 2002).

Além disso, conforme preleciona Kozicki (2015, pp. 194-195), a decisão do STF que confirmou a validade da Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979), impedindo a responsabilização penal de atos durante o Regime Militar (1964-1985), como tortura e desaparecimentos forçados - ADPF 153, também provocou uma reação do tipo *backlash* de segmentos significativos da sociedade. A autora argumenta que a aplicação desse conceito suscita debates sobre o papel do STF na interpretação constitucional e reconhece a importância de outros atores sociais na determinação dos significados do texto constitucional.

Um caso adicional que merece atenção é a ADI 3.510/DF, na qual o Ministro Carlos Ayres Britto foi relator. A ação questionava a constitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105/2005, também conhecida como Lei de Biossegurança, e teve sua decisão pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de maio de 2008. Esse dispositivo legal permitia o uso de células-tronco embrionárias obtidas de processos de fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapias. Iniciada pelo Procurador-Geral da República, a ação foi motivada pela “[...] defesa do direito à vida desde a concepção, propondo que o embrião não deveria ser alvo de experimentos científicos” (Sampaio, 2016, s.p.). O núcleo do debate judicial girava em torno da definição jurídica de quando um embrião poderia ser reconhecido como feto vivo e, conseqüentemente, sujeito à proteção da lei. Durante o trâmite do processo, o STF realizou sua primeira audiência pública, com o intuito de ouvir especialistas em direito, ciência e membros da sociedade civil, refletindo o alto interesse público no caso, o que incluiu também protestos de grupos com opiniões divergentes sobre o uso das células-tronco embrionárias (D’Elia, 2008).

O julgamento se estendeu por três anos e resultou em uma decisão apertada de 6 votos a 5, pela improcedência da ADI 3.510/DF. A Suprema Corte concluiu que a pesquisa com células-tronco embrionárias não violava a Constituição, desde que aderisse às restrições impostas pela legislação pertinente. Durante o período em que o julgamento esteve em suspensão, o debate no Congresso Nacional se voltou para a proposição do Estatuto do Nascituro (PL 478/2007). Esse Projeto de Lei, em seu artigo 2º, definia o nascituro como o “ser humano concebido, mas ainda não nascido” (Brasil, 2007, s.p.), e em seu parágrafo único ampliava essa definição para incluir seres humanos gerados “*in vitro*”, através de clonagem ou outros meios científicos e eticamente aceitos (Brasil, 2007, s.p.). A aprovação desse projeto representaria um obstáculo legal para a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, ao classificar os embriões como nascituros e, assim, sujeitos à proteção legal (Stancioli; Carvalho, 2013). Atualmente, o projeto segue em discussão nas comissões do Congresso Nacional.

O debate sobre o tema se mantém vivo, mesmo anos após o julgamento da ADI. Em 2020, o Senador Eduardo Girão (Podemos-CE) propôs o PL 5.153/2020, que visa criminalizar o uso de células-tronco de embriões humanos para qualquer finalidade, além de propor a revogação da autorização para sua utilização em pesquisas e terapias (Brasil, 2020, s.p.).

Em síntese, durante o desenrolar da ADI 3.510/DF, testemunhou-se a expressão de grupos tanto opositores quanto favoráveis, mas estas se concentraram majoritariamente no período do julgamento. Posteriormente à decisão, notou-se um número limitado de iniciativas legislativas como resposta. O ponto de maior intensidade de debate ocorreu durante as deliberações do caso, ao contrário do que é comum acontecer após o veredito.

Da mesma forma, outro caso perante o Supremo Tribunal Federal que capturou a atenção pública foi o tratamento das ações ADIn 4277/DF e ADPF 132/RJ, que abordavam a questão da união estável entre casais do mesmo sexo. Apesar da promulgação do novo Código Civil em 2002, a legislação brasileira carecia de uma normatização que contemplasse o reconhecimento da união estável ou casamento homoafetivo, tendo como requisito explícito no artigo 1.723 que a união estável se configurava apenas entre um homem e uma mulher.

No decorrer do julgamento, observou-se uma notável participação de 14 amici curiae, evidenciando a relevância e a complexidade do tema, conforme destaca Fonseca (2013, p. 31). Após intensas deliberações, os 10 ministros votantes convergiram para o mesmo ponto, reconhecendo o status de família às uniões homoafetivas, uma decisão enfatizada por Holanda (2018, p. 68). Esse veredito do STF, contudo, desencadeou uma série de manobras legislativas visando sua contestação. Entre estas, destaca-se o Projeto de Decreto Legislativo 224/2011, apresentado pelo Deputado Federal João Campos (PSDB-GO), com o objetivo de anular os efeitos da decisão do Supremo (Brasil, 2011a). Além disso, o PDC 495/2011, proposto pelo Deputado Federal Pastor Marco Feliciano (PSC-SP), propôs a realização de um plebiscito sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011b). Neste contexto, Streck, em suas reflexões citadas por Holanda (2009), expressou críticas contundentes à decisão do Supremo Tribunal Federal:

1. o reconhecimento como entidade familiar das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria de emenda constitucional ou de projeto de lei, conforme, segundo o autor, teria ocorrido na Espanha; 2. o reconhecimento de relações pela jurisprudência do STF estaria incorrendo em “terceiro turno” no processo constituinte, caracterizando “um nítido excesso do poder judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição “; 3. esse reconhecimento incorreria de um indevido ativismo judicial, perigoso e nocivo para a democracia, na medida em que exerceria uma função típica do poder legislativo; e 4. o entendimento da inadequação constitucional de uma união estável estritamente heterossexual estaria, em certa medida, resgatando a ideia (superada) da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais.

Resumidamente, a análise da ADI 3.510/DF registrou manifestações de entidades contrárias e apoiadoras, predominantemente concentradas no período de julgamento. Após o pronunciamento da decisão, observou-se uma quantidade reduzida de movimentos legislativos em resposta. Notavelmente, o auge das discussões se deu durante as etapas de julgamento, em desacordo com o usual aumento do debate pós-decisão.

Igualmente notório foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ações ADIn 4277/DF e ADPF 132/RJ, que tratavam do reconhecimento da união estável para casais homossexuais. Com a vigência do novo Código Civil de 2002, persistiu uma lacuna na lei brasileira, que não previa o reconhecimento da união ou casamento de casais do mesmo sexo, sendo o artigo 1.723 claro ao estabelecer a união estável exclusivamente entre homem e mulher.

Entende-se que tais reações legislativas são partes integrantes do que se denomina diálogos constitucionais ou institucionais. Esses diálogos devem ser estabelecidos entre os Poderes Legislativo e Judiciário com o objetivo de alcançar a interpretação mais acertada das normas da Constituição, assegurando que nenhum órgão ou Poder detenha a última palavra de forma permanente sobre o significado e o escopo da Constituição.

Para o professor J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 19), o direito Constitucional é visto como um “intertexto”, construído sobre as vivências históricas de diferentes sociedades. Ressalta-se ainda a existência de um direito que é “vivo”, cujos princípios fundamentais devem dialogar com as transformações da realidade atual. Nessa linha de pensamento, sublinha-se que, numa democracia, a cidadania constitui a fundação da sociedade, e que os desejos da população devem ser considerados nas reformas constitucionais.

Tendo em vista tal contexto, é precioso identificar os agentes de revoltas, contra quem se direciona essa insurgência e qual a natureza da contenda, ou seja, os atores envolvidos no fenômeno do backlash. Iluminar essas figuras é crucial para a avaliação do impacto e para a plena compreensão do mesmo. Com base nesse propósito, a próxima seção será dedicada a esta questão, destacando as particularidades dos sujeitos envolvidos, que são essenciais para a contínua compreensão do processo. Assim, o backlash, como fenômeno que ocorre na sociedade brasileira, é sustentado por três pilares: o agente que desencadeia a reação, a entidade ou Poder que é afetado por ela e o motivo que desencadeia tal reação (Farias *et al.*, 2023).

Ademais, é preciso tratar de um caso em que emendas constitucionais alteraram decisões previamente estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil: o caso da vaquejada.

De acordo com a Lei nº 15.299/2013, promulgada pelo estado do Ceará, a Vaquejada é um evento competitivo onde uma dupla de vaqueiros a cavalo persegue um bovino para dominá-lo. Os participantes, conhecidos como vaqueiros ou peões de vaquejada, são avaliados pela habilidade e agilidade em controlar o animal. O evento ocorre em um local apropriado, uma arena com especificações que garantem a segurança dos vaqueiros, dos animais e do público (CEARÁ, 2013).

A Associação Brasileira de Vaquejada (Abvaq, 2021) aponta que, iniciada em 1880, a Vaquejada hoje é vista como um empreendimento significativo, que atrai in-

vestimentos e impulsiona a economia local. Com ingressos vendidos pelos organizadores, o evento conta com competidores profissionais, como o vaqueiro, agora reconhecido como atleta. Além disso, a Vaquejada inspirou um gênero musical próprio, o Forró da Vaquejada, popularizado por bandas como Mastruz com Leite.

Nas áreas onde a Vaquejada é uma tradição, o evento atrai milhares de visitantes anualmente, resultando em locais lotados, hotéis, restaurantes e lojas de artesanato e lembranças cheios. A lei cearense regulamentou a Vaquejada para organizar o evento e aumentar a visibilidade das festividades. Amparada pelo art. 215 da Constituição Federal de 1988, a Vaquejada é celebrada como uma manifestação cultural, promovendo o acesso à cultura e defendida também como esporte equestre.

Entretanto, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, moveu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a lei do Ceará, buscando restringir a prática. Janot baseou-se em denúncias de maus-tratos aos animais durante o confinamento, antes de entrar na arena. Ele argumentou que essa prática compromete o bem-estar dos animais, violando o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal de 1988, que protege os animais contra a crueldade.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.983 em 6 de outubro de 2016, declarou a lei cearense inconstitucional, alinhando-se à visão do Procurador-Geral da República (Carvalho e Murad, 2017). Assim, em casos de conflito entre a norma constitucional que promove a cultura e a que protege os animais da crueldade, o STF priorizou a proteção animal. Contudo, essa decisão não encerrou o debate. Em 29 de novembro de 2016, o Congresso Nacional, com apoio do então presidente Michel Temer e do ministro Alexandre de Moraes, promulgou a lei 13.364, alterando novamente o cenário:

Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal (Brasil, 2016).

A finalidade da lei era normatizar e oficializar as atividades da Vaquejada, do Rodeio e do Laço, estendendo sua permissão para todo o território nacional, um passo além do que a lei cearense (já considerada inconstitucional pelo Judiciário) havia feito. Essa ação representa uma das mais significativas tentativas de superar uma decisão judicial no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 96/2017, juntamente com outras iniciativas legislativas como a Lei Federal nº 13.364/2016, exemplifica o fenômeno conhecido como efeito *backlash*. Essa reação legislativa surgiu após o STF, na ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, declarar a inconstitucionalidade da prática da vaquejada.

4 LEGITIMIDADE E ILEGITIMIDADE DO BACKLASH

Considerando que a resposta política contra uma tendência de ativismo judicial pode inadvertidamente promover o surgimento de um grupo político oposto aos direitos em teoria protegidos, resultando em políticas que podem deteriorar ainda mais a situação pré-existente à decisão judicial, emerge a dúvida sobre os verdadeiros ganhos da jurisdição constitucional na busca pela concretização de direitos fundamentais (Conto, 2013).

De fato, devido ao fenômeno do backlash, cria-se um ambiente de incerteza sobre as consequências políticas da discussão, o que pode prejudicar a recepção social de perspectivas progressistas em relação ao tema central. Por isso, mesmo os proponentes de ideias avançadas precisam estar cientes dos perigos que podem advir do estabelecimento forçado de uma resolução pró-direitos fundamentais pelo caminho judicial (Santos e Carvalho, 2023).

Michael Klarman destaca um ceticismo quanto à jurisdição constitucional, ao considerar os riscos de reação adversa. Ele sugere que decisões judiciais em temas controversos tendem a levar a retrocessos, pelo menos a curto prazo, e a gerar resultados imprevisíveis no campo político. Levando sua análise ao limite, Klarman insinua que a jurisdição constitucional pode não ser eficaz para a efetivação de direitos, podendo até ser contraproducente, sugerindo uma postura de autocontenção do Judiciário em assuntos delicados, para não obstruir o avanço dos direitos por vias políticas. Ou seja, diante de um panorama incerto e o possível desenrolar político de debates acirrados, seria preferível evitar a resolução jurídica até que o tema amadureça na consciência coletiva (Klarman, 2011).

Em consonância, Cass Sunstein argumenta a favor de uma postura contida do Judiciário, onde, em casos controversos, a solução seja minimalista, ou seja, as decisões judiciais devem se limitar ao estritamente necessário para resolver o caso específico, abstendo-se de ampliar o escopo para considerações morais ou filosóficas extensas. Assim, deixar-se-ia margem para o crescimento do debate democrático nas esferas políticas, esquivando-se do perigo de um ativismo judicial abrangente (Sunstein, 1999).

Embora a preocupação seja válida, não se pode concluir que apenas o perigo de uma retaliação política conservadora justifique o abandono do Judiciário como esfera de atuação para a efetivação de direitos. Isso constitui, sem dúvida, um elemento a ser ponderado no desenho de litígios estratégicos em direitos, mas não se trata de uma variável definitiva e excludente.

Existem diversos casos que mostram que o *backlash* nem sempre representa um retrocesso para os beneficiários de uma decisão judicial. Pelo contrário, a luta pela igualdade sexual ilustra a relevância do Judiciário na defesa das minorias. Mais uma vez, o debate americano pode servir de referência para análise (Bosco, 2022).

As decisões judiciais, especialmente aquelas provenientes de cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, não são imunes a críticas ou reações negativas. Tais reações, conhecidas como *backlash*, representam o embate entre a jurisprudência e os sentimentos e crenças de segmentos da sociedade (Barroso, 2018). É um fenômeno que atesta a vitalidade democrática e a liberdade de expressão, mas que também coloca em perspectiva a tensão entre os poderes do Estado e as expectativas da população (Marques, 2008).

No caso da ADI 3.510/DF, observa-se que o foco das manifestações tanto de apoio quanto de oposição esteve mais intenso durante o julgamento do que após a decisão (Kronka, 2021). Isso sugere uma mobilização intensa de grupos interessados que viram no julgamento uma oportunidade para influenciar o resultado. A legitimidade do *backlash* aqui se entende pela natureza imediata da reação ao processo judicial em curso, uma expressão direta do engajamento cívico (Kronka, 2021).

Quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva, o STF atuou de forma a preencher um vazio legislativo diante de uma sociedade que já se movimentava em direção ao reconhecimento desses direitos (Falcão *et al.*, 2017). A unanimidade na decisão dos ministros reflete não apenas um consenso jurídico, mas também uma resposta às transformações sociais.

A reação legislativa subsequente, exemplificada pelo caso da vaquejada, demonstra o uso de mecanismos democráticos para questionar ou reverter a decisão do STF. Esses esforços são legítimos em uma democracia que permite a revisão e o debate contínuo de suas leis e decisões judiciais (Altoé, 2018).

Verifica-se que as críticas à decisão do STF levantam questões substanciais sobre a separação de poderes e os limites da interpretação constitucional. Argumenta-se que o papel do Judiciário não é o de criar direito, mas sim de interpretá-lo. No entanto, em contextos em que o Legislativo se mostra omissos ou lento em abordar questões urgentes da sociedade, o Judiciário pode se ver na posição de assegurar direitos fundamentais (Neto e Feriato, 2020).

O conceito de diálogos constitucionais ou institucionais, conforme mencionado, indica que o *backlash* pode ser uma forma de diálogo entre os poderes. O debate não termina com a decisão do STF; pelo contrário, ela pode ser o início de uma nova fase de discussões que, por vezes, culmina em ajustes legislativos ou em novas interpretações da Constituição (Queiroz, 2021).

Em última análise, o *backlash* contra decisões do STF pode ser visto como uma parte integrante do processo democrático. Ele reflete as tensões inerentes à evolução da sociedade e a necessidade de constante reavaliação das normas jurídicas (Cristianetti, 2016). A legitimidade dessas reações reside na capacidade de promover o debate, de influenciar pacificamente políticas públicas e de eventualmente levar à consolidação de mudanças sociais por meio do diálogo entre os poderes e a sociedade.

5 CONCLUSÕES

Ao longo desta investigação, observou-se uma complexidade considerável em relação a tópicos que exigem uma exploração e discussão mais profundas nos diversos setores do Direito. O panorama histórico do desenvolvimento da jurisdição constitucional esclarece a cadeia de eventos e a lógica subjacente que culminou na formação de um órgão competente para deliberar sobre assuntos constitucionais e para assegurar a proteção dessas normas vitais em qualquer Estado Democrático de Direito.

A mutação constitucional, bastante recorrente na jurisprudência constitucional do Brasil, é essencial para adaptar a Constituição às transformações sociais. É crucial salientar que a Constituição brasileira é rígida e requer processos mais estritos para sua alteração pelo Legislativo. Contudo, esse mecanismo pode ameaçar a democracia se utilizado de forma indiscriminada, podendo infringir a divisão de poderes. Portanto, é imprescindível delimitar a interpretação das normas, honrando a esfera de competência dos demais poderes estatais.

Esta pesquisa promoveu uma discussão enriquecedora sobre os perigos do Ativismo Judicial, apresentando perspectivas que se opõem e apoiam seu emprego. Por um lado, ressalta-se a urgência em fazer valer as normas fundamentais; por outro, confronta-se a inércia manifesta dos Poderes constituídos em desempenhar suas funções executivas ou legislativas na salvaguarda desses direitos.

Todavia, enfrentamos uma intrincada realidade, já que o Ativismo Judicial pode remediar uma violação constitucional ocasionando outra. A solução para este dilema parece ser a colaboração interinstitucional, com um diálogo construtivo entre os poderes. As deliberações do Supremo Tribunal Federal ganham visibilidade diante do público em virtude dos avanços tecnológicos, o que torna as decisões judiciais cada vez mais suscetíveis a críticas. O Efeito Backlash é decorrente do descontentamento popular diante de certas decisões, e tal pressão social pode incentivar a revisão das decisões pelo próprio Judiciário ou por outros Poderes, como quando o Legislativo promulga leis que confrontam diretamente a interpretação jurídica feita pelo Judiciário. Este fenômeno desempenha um papel crucial no reforço da dinâmica democrática da sociedade, sendo uma expressão palpável da soberania do povo.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ JUNIOR, José Egidio. Reação legislativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE: análise à luz da teoria dos diálogos constitucionais. **TCC (Graduação)-Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.**

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA. História da Vaquejada. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/31e565C>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BARBOSA, Claudia Maria. **A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política**. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf. Acesso em: 15 mar. 2020

BOSCO, Francisco. **O diálogo possível: por uma reconstrução do debate público brasileiro**. Todavia, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nº 1/1992 a 99/2017, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/1194.- 53 ed., 1. Reimpr. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo nº 224, de 2011**. Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direita de inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados [2011].

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo nº 495, de 2011**. Convoca plebiscito sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2011].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rakel Dourado. O caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 3, n. 2, p. 18-37, 2017.

CEARÁ. Lei 15.299/2013. Disponível em: <https://bit.ly/3dgVWaw>. Acesso em: 18 nov. 2023.

CNJ. **Democratizando o acesso à Justiça**: 2022 / Conselho Nacional de Justiça; Flávia Moreira Guimarães Pessoa, organizadora. – Brasília: CNJ, 2022

CONTO, Mário de. **A hermenêutica dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias**. 2013.

COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras**: explicadas a revolucionários e reacionários. São Paulo: Três Estrelas, 2014

CRISTIANETTI, Jessica. **A união homoafetiva no STF e o constitucionalismo democrático**: contribuições da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. 2016.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. FGV Direito Rio, 2017.

FARIAS, Gilvanderson dos Santos et al. **O efeito backlash no direito constitucional brasileiro**: o caso da prática desportiva da vaquejada. 2023.

FEITOSA, Andréia Costa. **Fragilidades da Democracia Brasileira e o papel político do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição**. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/145>. Acesso em 25 de novembro de 2023

FONSECA, Leticia de Assim. **A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal: análise da decisão que equiparou a união homoafetiva à união estável (ADPF 132 e ADI 4.277)**. 2013. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019. 219 p.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las**

HOLANDA, Liv Lessa Lima de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**: análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. Revista Brasileira da Teoria Constitucional, v. 4, n. 1, p. 57-74, Jan/Jun. 2018.

KLARMAN, Michael. **Courts, Social Change, and Political Backlash**. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker's Notes.

KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights and Backlash in Europe and The United States. **International Journal of Constitutional Law (I. COM)**, Oxford University Press, v. 15, n. 4, 2017, pp. 1066-1079, p. 1073.

KOZICKI, Katya. **Backlash**: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, DIAS, Talita Tatiana. **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. V. 7. Brasília: UNB, 2015

KRONKA, Bruno Ávila Fontoura. **O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro**. Editora Dialética, 2021.

LIMA, George Marmelstein. **Liberação do uso de maconha e efeito backlash**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/09/17/liberacao-douso-de-maconha-e-efeito-backlash/>>. Acesso em: 24 set. 2023.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. **Participação política e internet: meios e oportunidades digitais de participação civil na democracia contemporânea, com um estudo do caso do estado brasileiro**. 2008.

MEIRELES JUNIOR, Cláudio Alcântara. **O Paradigma Do Estado Democrático De Direito No Brasil: A Crise Do Constitucionalismo Social E O Custo Dos Direitos**. Revista Jurídica Direito & Paz. Issn 2359-5035

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
NETO, Orlando Fernandes Dias; FERIATO, Juliana Marteli Fais. **A ADPF e o controle concentrado de constitucionalidade dos atos políticos e leis com impacto econômico**. 2020.

PERNAMBUCO, Folha de. Vaquejada é regulamentada como esporte. Disponível em: <https://bit.ly/31knj0P>. Acesso em: 23 nov. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por uma Reconciliação entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2013, p. 12

QUEIROZ, Carla Kellen Mota De. **Separação dos poderes, tensão institucional e reação legislativa: uma reflexão acerca da interação entre o legislativo e o judiciário na definição do sentido constitucional**. 2021.

SANTOS, Gilvan Macêdo. **Controle da constitucionalidade positiva no Brasil e em Portugal**. Revista da Esmape – Recife – v. 18 – n. 37 – p. 15-98 – jan./jun. 2013

SANTOS, Tuane Santanatto Nascimento; DE CARVALHO, Márcia Haydée Porto. Condições e limites à defesa de direitos fundamentais: análise da reação dos poderes públicos ao protagonismo judicial. **Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social**, v. 5, n. 10, p. 118-136, 2023.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper Nº. 157, 2007

SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004

SUNSTEIN, Cass R., **Backlash's Travels**. University of Chicago, Public Law. 1999
VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2013.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO NA MATÉRIA PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN MATERIA PENAL: UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES

Fernanda Fiori Barvick¹
Marcos Augusto Maliska²

RESUMO

O presente trabalho se centra na questão da essencialidade e relevância da fundamentação das decisões judiciais na matéria penal, em especial frente à função jurisdicional do Estado. Para tanto, no primeiro tópico o texto apontará quais são as funções do Estado e definirá do conceito de função jurisdicional do Estado, no contexto do Estado Democrático de Direito, bem como analisará o direito do acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos individuais; posteriormente, o segundo tópico, irá se debruçar sobre o dever de fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, abordará o direito e princípio regente do devido processo legal e como a fundamentação das decisões viabiliza o direito ao recurso. Por fim, o terceiro tópico trata da relevância da fundamentação das decisões judiciais no âmbito do direito penal e processual penal, perpassando pela teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, concluindo que a teoria proposta por Ferrajoli, que propõe a baliza das decisões judiciais pelos princípios fundamentais, pode ser uma forma eficiente de promover a operacionalidade do direito e a legitimação das decisões judiciais. Para tanto, utilizou-se o método lógico-dedutivo, com base em construções doutrinárias e normativas sobre o tema proposto (SERVILHA; MEZZAROBÀ, 2019, p. 84-87).

Palavras-chave: função jurisdicional do estado; fundamentação; decisões judiciais; direito penal; processo penal.

1 Mestranda em Direitos Fundamentais & Democracia, pelo programa de Pós-Graduação em Direito no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

2 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, com período sanduíche na Universidade de Munique, Alemanha. Pós-Doutor pelo Instituto Max Planck, Heidelberg, Alemanha. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais & Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Procurador Federal.

RESUMEN

Este trabajo se centra en la cuestión de la esencialidad y relevancia de la motivación de las decisiones judiciales en materia penal, especialmente en relación con la función jurisdiccional del Estado. Para ello, en el primer tema el texto señalará cuáles son las funciones del Estado y definirá el concepto de función jurisdiccional del Estado, en el contexto del Estado Democrático de Derecho, así como analizará el derecho de acceso a la justicia. como medio para hacer realidad los derechos individuales; posteriormente, el segundo tema se centrará en el deber de fundamentar las decisiones, previsto en el artículo 93, inciso IX, de la Constitución Federal de 1988, se abordará la ley y principio rector del debido proceso judicial y cómo la fundamentación de las decisiones habilita el derecho al recurso. Finalmente, el tercer tema aborda la relevancia de la justificación de las decisiones judiciales en el ámbito del derecho penal y procesal penal, pasando por la teoría de las garantías penales de Luigi Ferrajoli, concluyendo que la teoría propuesta por Ferrajoli, que propone la directriz de las decisiones judiciales por los principios fundamentales, puede ser una manera eficiente de promover la operatividad del derecho y la legitimación de las decisiones judiciales. Para ello se utilizó el método lógico-deductivo, basado en construcciones doctrinales y normativas sobre el tema propuesto (SERVILHA; MEZZARROBA, 2019, p. 84-87).

Palabras-clave: función jurisdiccional del estado; razón fundamental; decisiones judiciales; derecho penal; procedimientos criminales.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar o dever de fundamentação das decisões judiciais enquanto uma das funções jurisdicionais do Estado, indicando sua maior relevância na seara penal e processual penal, quando diante dos bens jurídicos mais importantes da sociedade tais como o direito à vida e à dignidade sexual.

Para tanto, o primeiro tópico é iniciado com a descrição das funções do Estado e define-se qual o papel e o conceito da função jurisdiccional do Estado em um Estado Democrático de Direito. Neste mesmo tópico, será feita a diferenciação entre a função política, jurisdiccional e administrativa, apontando as características principais de cada uma. Define-se a natureza jurídica da jurisdição e sua função, abordando a questão da necessidade de legitimação do Estado por meio da efetiva prestação jurisdiccional e a relação de tal função com o direito de acesso à justiça.

No segundo tópico será apontada a necessidade do dever de fundamentação das decisões judiciais exigido dos magistrados, como meio de perfectibilizar o cumprimento do princípio do devido processo legal, que permitirá o controle da legitimação das decisões por órgãos superiores, bem como viabilizará às partes o direito ao recurso. Também será definido o conceito de “sentença” com sentido mais amplo, abrangendo a totalidade dos pronunciamentos judiciais com conteúdo decisivo, de modo a aplicar as regras do artigo 489, do Código de Processo Civil não apenas às sentenças

terminativas, mas também às decisões interlocutórias com conteúdo que implique em uma consequência jurídica.

Por fim, o último tópico se incumbe de indicar a relevância do dever de fundamentação das decisões no Direito Penal, partindo de uma concepção garantista, fundada na teoria de Luigi Ferrajoli, visando a concretização dos direitos fundamentais por meio das decisões judiciais.

2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

O Estado acumula diversas funções, as chamadas funções estatais. Miranda disserta que existem dois sentidos para a terminologia “função do Estado”: (i) como *tarefa ou incumbência*, que corresponde à uma necessidade coletiva ou à uma zona da vida social; (ii) e como *atividade*, com características especiais, por meio do qual o poder político se projetará em ação (MIRANDA, 1992, p. 85).

O primeiro sentido além de exprimir um laço entre a sociedade e o Estado, indica uma tentativa de legitimação do exercício do poder pelo Estado, vez que é por meio destas funções assumidas, decorrentes da ampliação das necessidades humanas, que o próprio Estado e os governantes justificam sua existência e, consequentemente, a necessidade de sua permanência no poder (MIRANDA, 1992, p. 85-86).

Já o segundo sentido é definido por meio das estruturas e formas de realização desses atos e atividades, sendo, portanto, inerente à pluralidade de processos, sujeitos e resultados da dinâmica jurídico-pública (MIRANDA, 1992, p. 86). A função no sentido de atividade é compreendida enquanto um conjunto de atos cujo objetivo é a continuidade de uma finalidade comum, através de uma forma própria (MIRANDA, 1992, p. 87). Assim, cada função ou atividade apresenta duas características: (i) é específica ou diferenciada, através de elementos materiais, formais e orgânicos; e (ii) é duradoura, prolongando-se no tempo (MIRANDA, 1992, p. 87).

Compreende-se, portanto, que as funções do Estado se exprimem nas funções e/ou atividades desenvolvidas pelo Estado, agentes e órgãos estatais, visando objetivos específicos (MIRANDA, 1992, p. 87). Por sua vez, são os fins do Estado que irão determinar a configuração das atividades a serem desenvolvidas, e serão as normas jurídico-públicas que as qualificarão enquanto atividades próprias do Estado, constando-se que “não há atividade do Estado à margem do Direito”, visto que as funções do Estado dependem das normas regentes (MIRANDA, 1992, p. 87-88).

Dentro das ditas funções do Estado, é comum ouvir dizer em função legislativa, jurisdicional e administrativa do Estado, e Miranda apresenta um quadro classificatório, distinguindo as funções do Estado em função política, jurisdicional e administrativa (MIRANDA, 1992, p. 92).

Segundo o autor, há a função política, e uma subdivisão entre função legislativa e função governativa (política *stricto sensu*), tratando-se dos atos normativos, e atos de conteúdo não normativos, regras ou decisões (MIRANDA, 1992, p. 92), e da realização dos fins através da formulação de regras abstratas (MIRANDA, 1992, p. 89).

Já a função jurisdicional é por onde será tratada a definição do Direito, em concreto frente situações da vida em sociedade, ou em abstrato, na medida em que se dá a fiscalização da constitucionalidade e legalidade das leis (MIRANDA, 1992, p. 92), se revelando na realização da finalidade jurídica por meio de atos concretos (MIRANDA, 1992, p. 89).

E, por fim, a função administrativa trata de perseguir tanto os interesses da comunidade política quanto os interesses sociais, se perfectibilizando por meio das operações jurídicas e materiais (MIRANDA, 1992, p. 92), cujo objetivo é a realização dos fins culturais através de atos concretos (MIRANDA, 1992, p. 89).

De modo a permitir melhor compreensão desta distinção proposta, Miranda formula um quadro explicativo das funções do Estado:

Tabela 1 - Quadro das funções do Estado

Funções	Critérios materiais	Critérios formais	Critérios orgânicos
Função política (legislativa e governativa ou política <i>stricto sensu</i>)	Definição primária e global do interesse público; interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura	Discrecionabilidade máxima, o que não significa não sujeição a regras jurídicas (à da Constituição, desde logo); liberdade de escolha, senão quanto ao conteúdo, pelo menos quanto ao tempo e às circunstâncias, ou não havendo esta (v.g., rra), ausência de sanções jurídicas específicas	Órgãos (políticos ou governativos) e colégios em correspondência direta com a forma de governo (em democracia, órgãos democraticamente legitimados); órgãos e colégios constitucionalmente necessários
Função administrativa	Satisfação constante das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços	- Iniciativa (indo ao encontro das necessidades) - Parcialidade (na prossecução do interesse público), o que não impede imparcialidade no tratamento dos particulares	- Coordenação e subordinação, com mais ou menos centralização e concentração ou desconcentração
Função jurisdicional	Declaração do direito; decisão de questões jurídicas, seja na solução de litígios e na aplicação de sanções, seja em abstrato na apreciação da constitucionalidade e da legalidade	- Passividade (implicando necessidade de pedido de outra entidade, definição do objeto do processo através do pedido e necessidade de decisão) - Imparcialidade (posição <i>super partes</i>)	- Independência de cada órgão (tribunal), sem prejuízo de hierarquia (ascendente) do sistema de órgãos para efeito de recursos ou de reapreciação das decisões

(Fonte: MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. p. 94. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332>>. Acesso em: 10 set. 2023).

Dito isso, revela-se necessário definir o conceito de “função jurisdicional” a ser adotado no presente trabalho. Para tanto, utilizar-se-á a conceituação trazida pelos autores Cintra, Grinover e Dinamarco, de que a função jurisdicional é compreendida como a responsabilidade estatal de dirimir e eliminar os conflitos existentes na sociedade, preservando e fortalecendo os valores humanos. Assim, a atividade jurisdicional compreende a realização de serviços ligados à ordem social e econômica, bem como disciplinar a cooperação entre as pessoas e resolver os conflitos interpessoais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 25-26).

Em suma, a atividade jurisdicional trata-se de uma atividade estatal (VIEIRA, 2010, p. 183), cuja premissa se fundamenta na Constituição Federal de 1988 (artigos 2º e 3º), e no Código de Processo Civil (artigo 2º, 3º, 16 a 27), e as soluções advindas dessa atividade devem objetivar não apenas a resolução dos conflitos, mas alcançar os objetivos estabelecidos no artigo 3º da Carta Constitucional, sendo assim:

A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Como dever do Estado a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa ou voluntária. Além disso, consoante o conceito apresentado, a jurisdição serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas antissociais e controle difuso da constitucionalidade normativa. Os atos que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Consequentemente estão fora do poder-dever da jurisdição (VIEIRA, 2010, p. 184)

Com relação à natureza jurídica da jurisdição, Sérgio Túlio Santos Vieira, aduz que jurisdição é poder, dever, função e atividade, sendo: poder, na medida em que a atuação jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição; dever, pois, uma vez provocado pela parte ou interessado, o Estado está vinculado à resolução do conflito e à prestação da tutela jurisdicional, não podendo se eximir de julgar; função, vez que está incumbida de resolver os conflitos de interesses individuais ou coletivos por meio do processo; e atividade, de modo que o processo objetiva a entrega da prestação jurisdicional e sua efetivação (VIEIRA, 2010, p. 185-186).

Conclui-se, desta forma, que “a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a atividade jurisdicional em caso concreto” (VIEIRA, 2010, p. 186) por meio do processo e como finalidade última, a paz social e a justiça (VIEIRA, 2010, p. 187). Em outras palavras, o autor disserta que a jurisdição “é a função estatal de um dos Poderes da República que faz incidir a norma jurídica *in abstracto* à situação fática que lhe é apresentada *in concreto*, solucionando o conflito que deu origem ao litígio” (VIEIRA, 2010, p. 187).

Conforme preconiza o artigo 16 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), Lei nº 13.105/2015, a jurisdição civil é exercida pelos juízes, não se limitando apenas a magistrados que atuam no primeiro grau de jurisdição, mas referindo-se aos órgãos do Poder Judiciário incumbidos da prestação da tutela jurisdicional em qualquer instância, desde que na matéria cível (VIEIRA, 2010, p. 187).

A função jurisdicional do Estado assume grande relevância no cenário do atual ordenamento jurídico, vez que através dela é assegurado que a visão dos jurisdicionados seja vista pela ordem jurídica e pelas instituições (VIEIRA, 2010, p. 188), bem como pois, com a entrada em vigência do CPC/15, surgiram novos debates e atualmente o tema tem sido discutido especialmente com enfoque na questão da limitação do magistrado quando da atividade de aplicação da lei no caso concreto, visto a dificuldade de identificar onde termina o direito e onde a política começa (ALMEIDA, 2011, p. 237).

Observa-se que o direito ao acesso à justiça e a função jurisdicional do Estado são intrinsecamente vinculados. O acesso à jurisdição se trata de uma garantia constitucional e é regulada pelas leis processuais. Quanto ao direito de acesso à justiça, Bedin e Spengler defendem que a evolução de tal direito se deu de forma bastante lenta no Brasil (BEDIN; SPRENGLER, 2013, p. 137), de modo que, em suma, da fase posterior ao período colonial até o final do Estado Novo, em 1945, tal direito não teve protagonismo no ordenamento jurídico pátrio da época, vez que as constituições objetivavam a mera organização do Estado, e não propriamente a garantia de direitos e garantias individuais (BEDIN; SPRENGLER, 2013, p. 141).

No mesmo sentido, Sérgio Túlio Santos Vieira preceitua que até a promulgação da Constituição Republicana de 1946, o direito de acesso à jurisdição advinha de uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico da época, sendo que apenas em 1946, com a promulgação da Constituição Republicana, o direito de invocar o Judiciário foi explicitado em seu artigo 141, §4º, vindo a ser uma garantia de todos os brasileiros e estrangeiros que residam no território nacional, o que persistiu em todas as constituições posteriores (VIEIRA, 2010, p. 178-181).

Guarda relevância ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trouxe no bojo do seu artigo 5º, no inciso XXXV, o acesso à jurisdição como uma garantia fundamental, e houve a ampliação do seu conteúdo por conta da atual possibilidade de ingresso em juízo visando o impedimento de ameaças de violações de direitos, e tal ingresso foi facilitado por meio dos diversos órgãos do Poder Judiciário (VIEIRA, 2010, p. 182).

Ademais, o processo, enquanto instrumento da jurisdição, deve ser regido, em especial, pelo princípio da legalidade (VIEIRA, 2010, p. 189), de modo que o funcionamento da jurisdição não pode se prolongar em demasia (VIEIRA, 2010, p. 190), nos termos do artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, bem como as disposições do Código de Processo Civil, em especial o artigo 1º e seguintes, e demais legislações especiais.

Por fim, destaca-se que o Estado Democrático de Direito exige que o Poder Judiciário seja autônomo, independente e forte não somente para a preservação e garantia das normas constitucionais e infraconstitucionais, mas também para a fiscalização do cumprimento dessas normas pelo demais poderes (REGO, 2020, p. 203).

3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Inicialmente, convém definir o conceito de decisão judicial, o qual é tratado por Pugliesi como uma “declaração judicial que determina uma consequência jurídica” (JAUERNIG, 2002, p. 301 *apud* PUGLIESE, 2016, p. 124), tratando-se, portanto, de um ato privativo dos juízes, por meio do qual haverá a determinação de uma consequência jurídica material ou processual (PUGLIESE, 2016, p. 124). Com a utilização de tal conceito, permite-se abranger a totalidade das decisões proferidas pelos magistrados.

Vale dizer que segundo os ensinamentos de Didier Jr., Braga e Oliveira, as disposições presentes nos artigos 485 e seguintes do CPC não se aplicam apenas à sentença *stricto sensu*, mas também à qualquer decisão judicial (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 303).

Pugliese defende que “decidir é a função essencial da jurisdição, de modo que não há caso levado ao Poder Judiciário que possa se encerrar sem um ato decisório do juiz” (PUGLIESE, 2016, p. 125). Assim, se a jurisdição for acionada, haverá uma decisão. Pugliese inclui neste conceito a compreensão da “decisão judicial” enquanto técnica processual, visto que a decisão judicial é o meio pelo qual os casos terão andamento (PUGLIESE, 2016, p. 126).

Aduz ainda, que o objetivo da decisão assume contornos diversos: quando diante de um caso individual, a decisão deverá servir como uma resposta para a situação em concreto que envolve as partes do processo; todavia, quando diante de situações com grande repercussão, assumem a função de decidir para todo o jurisdicionado, devendo apresentar contornos mais amplos (PUGLIESE, 2016, p. 126).

A finalidade última da fundamentação de uma decisão judicial, para além da prestação jurisdicional, se exprime na pacificação social, legitimidade da decisão perante a sociedade, garantia ao direito ao recurso, controle da decisão, entre outros (MIRANDA, 2014, p. 35).

Segundo Miranda, a fundamentação das decisões compreende uma perspectiva objetiva/extraprocessual e outra subjetiva/endoprocessual, de modo que as finalidades extraprocessuais incluem a ideia de pacificação social, legitimidade e autocontrole das decisões judiciais, ou seja, questões que não são diretamente atinentes às partes do processo, procedendo uma finalidade que visa o interesse público (MIRANDA, 2014, p. 36).

Já as finalidades endoprocessuais incluem a garantia do direito ao recurso, o controle das decisões pelas partes litigantes, abrangendo tanto o conteúdo material quanto o formal, e essa finalidade relaciona-se com os reflexos que a decisão e suas fundamentações acarretarão às partes do processo (MIRANDA, 2014, p. 36).

A legislação processual civil estabelece em seu artigo 489 os elementos essenciais da sentença, quais sejam:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Com a ascensão do Estado Democrático de Direito, a intervenção estatal passa a se legitimar apenas quando for necessário o estabelecimento ou restabelecimento do equilíbrio e na forma da lei (REGO, 2020, p. 192), e observa-se a conferência de uma liberdade interpretativa ao julgador, exigindo-se deste comprometimento com a realidade socioeconômica e a realização de uma avaliação axiológica dos interesses conflitantes (REGO, 2020, p. 192-193).

Com a expressa previsão da exigência de fundamentação das decisões pelos magistrados, o CPC/15 reconhece que a sentença ocupa, além de um espaço de experiência normativa, um espaço de subjetividade do magistrado (PUGLIESE, 2016, p. 131), e determina que tais decisões merecem ser devidamente fundamentadas de modo a permitir a compreensão dos motivos pelos quais o magistrado decidiu da forma que decidiu e quais os elementos de fato e de direito foram balanceados de modo a permitir tal conclusão.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Estado não deve se contentar com a mera legalidade técnico-jurídica das normas jurídicas estatais, devendo a legitimidade se dar por meio da eficiência da norma, ou seja, pela aceitação social de tal norma, bem como através da busca pela satisfação das necessidades sociais (HELLER, 1968, p. 288), devendo o magistrado apresentar sensibilidade às necessidades e anseios sociais, interpretando o direito vigente de modo a permitir a concretização dos direitos fundamentais (REGO, 2020, p. 208).

Além disto, podem-se considerar legítimas as normas que passam por um processo de elaboração em conjunto com a sociedade, a publicidade dos atos normativos trazendo consigo a transparência, bem como por meio do atendimento às demandas sociais e intimamente ligadas aos princípios e normas fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, buscando a efetivação dos direitos fundamentais (HELLER, 1968, p. 288).

À vista disso, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988)

Partindo desse pressuposto, é possível extrair que quando não estiverem presentes fundamentações suficientes que baseiam o convencimento do magistrado, tal decisão é passível de anulação, por apresentar carência de fundamentação adequada.

Objetivando a solução de casos como estes, o Brasil adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, significando dizer que a responsabilidade do Estado se observa pela mera existência de nexo de causalidade entre a atividade exercida e o dano sofrido (RIBEIRO; RODRIGUES; FREITAS, 2021, p. 35). Assim, cabe dizer que a atividade judiciária, quando da prolação de decisões judiciais, pode gerar da-

nos ou risco de danos ao cidadão. Exemplos disso são: o erro do judiciário, a demora na prestação jurisdicional e a prolação de decisões ilegais (RIBEIRO; RODRIGUES; FREITAS, 2021, p. 35).

De modo a evitar tal responsabilização é que os magistrados são chamados a justificar de maneira adequada e suficiente suas decisões ao longo do processo judicial, inclusive para permitir a efetivação do princípio da segurança jurídica do indivíduo frente ao Estado (DE SOUZA, 2006, p. 358).

4 A RELEVÂNCIA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA MATÉRIA PENAL

O dever de fundamentação das decisões judiciais assume grande importância no âmbito cível e administrativo, porém, reflete ainda maior relevância quando se fala na sua aplicação à matéria penal. Tal afirmação se dá posto que, em tese, no Direito Penal se discutem violações e ameaças aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade (RAPOSO, 2010, p. 157).

Tal é a importância da devida fundamentação da decisão judicial na matéria penal, que o Código de Processo Penal, em seu artigo 564, inciso V, dispõe que “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) V - em decorrência de decisão carente de fundamentação” (BRASIL, 1941). Portanto, é nula a decisão que não corresponder com o critério legal da devida fundamentação.

A produção de decisões judiciais exige um ato de interpretação, o que não condiz, teoricamente, com a objetividade que se busca no método científico (SANTANA, 2018, p. 2). Diante desse cenário, Ferrajoli desenvolve regras metodológicas como meio de identificar a decisão judicial como produto da ciência, objetivando a limitação do poder punitivo do Estado e a tutela do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais (SANTANA, 2019, p. 2-3).

Ferrajoli defende que o direito penal assume duas funções: a preventiva dos delitos e a preventiva das penas informais, objetivando o “máximo bem-estar possível dos não desviantes”, bem como “o mínimo mal-estar necessário dos desviantes” (FERRAJOLI, 2002, p. 267-268), defendendo que o caminho para a redução da discricionariedade atribuída aos magistrados é por meio dos princípios gerais do direito (FERRAJOLI, 2002, p. 138-139).

Segundo o autor, a identificação dos espaços de poder discricionário presentes, que distorcem a função judicial, não apenas contraria o modelo de direito penal mínimo, mas integra ele, e a alternativa apresentada é o cognitivismo penal, o qual exige um modelo que atenda à estrita legalidade (FERRAJOLI, 2002, p. 139-140).

Dentro desta perspectiva, Ferrajoli identifica 5 tarefas que defende serem necessárias para uma filosofia analítica do garantismo penal, sendo elas: a elaboração de técnicas de formação da linguagem legal e jurisdicional de modo a satisfazer as regras e os princípios da estrita legalidade e jurisdicionalidade; o esclarecimento das condições e os procedimentos que promovem a verificação processual, além da compreensão equitativa; o desenvolvimento de critérios pragmáticos capazes de limitar e disciplinar a incorporação limitativa de valores e de princípios gerais; a crítica tanto externa quanto interna da lei e das decisões judiciais; e a análise dos espaços de discricionariedade caracterizadores do juízo criminal, de modo a submeter o juízo às formas de argumentação racional e expor a responsabilidade política e o controle público das decisões judiciais (FERRAJOLI, 2002, p. 141).

Ainda, para o autor, o princípio da estrita legalidade pressupõe duas condições: o caráter procedimental referente à definição de quais condutas serão ou não puníveis, e o caráter empírico, conectado às situações fáticas, onde as condutas serão legalmente definidas (SANTANA, 2018, p. 4). Para Ferrajoli, o princípio da estrita legalidade designa a reserva absoluta da lei e se dirige ao legislador, restringindo a atividade legislativa quando da formulação da tipificação penal de modo que “a formulação legal deve ser dirigida a condutas e não a pessoas” (SANTANA, 2018, p. 2-3).

O princípio da estrita legalidade ainda prevê restrições ao próprio magistrado, quando da atividade jurisdicional, vez que o juiz deve submissão apenas à lei, significando dizer que o juiz não poderá proferir julgamento baseado em um viés moralista ou *contra legem* (SANTANA, 2018, p. 5).

Ferrajoli disserta que “O que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei” (FERRAJOLI, 2002, p. 31) defendendo que a indicação, na lei, das condutas proibidas, deve ser taxativa e contendo condutas determinadas, independentemente da identidade do agente (SANTANA, 2018, p. 5-6).

De modo a justificar a aplicação do princípio da estrita jurisdicionariedade no momento da motivação dos pronunciamentos judiciais, Ferrajoli aponta a existência de duas condições, para que a decisão se configure como justificada: a verificabilidade ou a refutabilidade das hipóteses acusatórias, bem como sua comprovação empírica (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são normas para a produção de outras normas, vez que disciplinam o significado das normas, condicionando a validade e a coerência dessa norma com as expectativas dos direitos fundamentais (NEVES, 2012, p. 112). Posto isso, observa-se que o garantismo se traduz em um conjunto de limitações e vínculos legais e jurisdicionais impostos aos poderes, por meio da observância do direito e dos direitos fundamentais estabelecidos, de modo a obstar a formação de poderes absolutos tanto na esfera pública quanto na privada (NEVES, 2012, p. 118).

Como meio de vinculação dos poderes à tal garantismo, Ferrajoli defende que o garantismo se trata, na realidade, de uma faceta do constitucionalismo, visto que a sua capacidade de vinculação dos poderes ocorra, há a necessidade de um fundamento positivo e rígido em normas superiores, e, no caso dos Estados Democráticos de Direito, tal fundamento é a Constituição (NEVES, 2012, p. 118).

Nesta linha de raciocínio, compreende-se que no Estado constitucional de Direito, o legislador não é uma figura onipotente, de modo que as leis formuladas por ele serão válidas não apenas com a sua entrada em vigor, mas por serem resultado de uma coerência com relação aos princípios constitucionais (NEVES, 2012, p. 119).

Dito isso, de modo a atender o constitucionalismo garantista, a decisão judicial deve apresentar uma justificação externa e interna (BAGGENTOSS, 2013, p. 315). O ponto de vista interno refere-se à operacionalidade do Direito, e o externo relaciona-se ao espaço de discricionariedade que o magistrado detém (BAGGENTOSS, 2013, p. 315), visto que o juiz não pode ser considerado como uma simples máquina (FERRAJOLI, 2002, p. 140).

Ferrajoli sugere a existência de um procedimento racional na formulação de fundamentações judiciais com 3 etapas: (i) inferência indutiva, como reflexo da atividade probatória e fática do processo; (ii) inferência dedutiva, vinculada à subsunção legal da norma; e (iii) silogismo prático, integrante da parte dispositiva do pronunciamento judicial (BAGGENTOSS, 2013, p. 315-316). A inferência do silogismo prático, em especial, se exprime na mencionada discricionariedade judicial (BAGGENTOSS, 2013, p. 316).

Por fim, Baggenstoss defende que “a decisão judicial, como ato jurídico por excelência, deve espelhar os elementos positivados no sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito, de forma a manter a integridade do sistema” (BAGGENTOSS, 2013, p. 320).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as problemáticas apresentadas ao longo do trabalho, tem-se que o Garantismo ou o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli surge como uma proposta teórica favorável à operacionalização do direito de forma sistêmica, vez que o Estado deve incorporar princípios fundamentais regentes na Constituição, que serão utilizados como critérios internos de legitimidade da norma penal e até mesmo da decisão judicial (BAGGENTOSS, 2013, p. 320).

Assim, acredita-se que com a utilização de critérios balizadores tais quais são os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, a decisão judicial encontrará respaldo jurídico suficiente para a sua legitimação endoprocessual e extra-processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. O limite da jurisdição no pensamento político constitucional brasileiro do Império à República. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 9, n. 9, p. 214–241, 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/252>. Acesso em: 6 set. 2023.

ARCANGELO FEDATO, M.; KAZMIERCZAK, L. F. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 1, p. 483–514, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.268. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/268>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A decisão judicial no constitucionalismo garantista. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 63, p. 307-324, 2013. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p307>. Acesso em: 10 set. 2023.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 14, n. 14.1, p. 135–146, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/512>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2005. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/35770842/TGP__ADA_PELLEGRINI-libre.pdf?1417267531=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DANTONIO_CARLOS_DE_ARAUJO_CINTRA.pdf&Expires=1693422619&Signature=B75bvj-7435aphY-9SIRdmyfciQtSX5jieMPcMTLWaeAeEMwpEOVaMlp0a8977fE5lyUAONzgdioa-Kz3diLD-OFaP3VjvCMSxOH-IXWM6hnICnQF8FtjrqqbDYcvC2NeTFHN45vxE-1Qs6cgU3qd1Del6T58lsOIEG0QjkmC7QbrvgahutvIksPiCdZt0wy2799kYbu-NHDxq5z0becSBHWW0ST-tTbprAw86sN~TQXDxB3LvXfVs6j2bDvGKZFxnOX-NIV03V-jXN6vvXzPJPQZuO1tSDR9H3lh5RYjNZc3Ye3aSciUJQhkvDeqKv6NiB-cYltO45I6SH8hn4ZhrkE-aQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 30 ago 2023.

CRUZ, Marcelo Lebre. O processo psicanalítico de transferência e a decisão judicial: a teoria dos quatro discursos enquanto barreira garantista. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/185>. Acesso em: 6 set. 2023.

DE SOUZA, C. A. A paridade nos espaços de tomada de decisões: uma análise das sentenças Kalanke e Marschall gender parity in decision-making positions: an analysis of the kalanke and the marschall decisions. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 19, n. 19, p. 39–53, 2015. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/517>. Acesso em: 6 set. 2023.

DE SOUZA, Carlos Aurélio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 2, p. 355-376, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>. Acesso em: 10 set. 2023.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 303.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Editora Mestre Jou: São Paulo, 1968.

JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002. p.301. *apud*. PUGLIESE, William Soares. A concepção de decisão judicial à luz da jurisdição constitucional e da democracia. p. 124. *In*: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Editora da Univali, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20CONSTITUCIONAL%20E%20DEMOCRACIA.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

MIRANDA, Felipe Arandy. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. 2014. Disponível em: http://52.186.153.119/bitstream/123456789/1745/1/A_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_das_decis%C3%B5es_judiciais_como_pressuposto_do_estado_constitucional.pdf. Acesso em: 06 set. 2023.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de direito administrativo**, v. 189, p. 85-99, 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716/99332>. Acesso em: 10 set. 2023.

MORAES, Maria Valentina de; HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 3, p. 32–48, 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i31268. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1268>. Acesso em: 6 set. 2023.

NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. **Direito e Democracia**, v. 13, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2636>. Acesso em 10 set. 2023.

PUGLIESE, William Soares. A concepção de decisão judicial à luz da jurisdição constitucional e da democracia. p. 122-137. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Editora da Univali, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20CONSTITUCIONAL%20E%20DEMOCRACIA.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. 2010. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 157. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9827>. Acesso em: 10 set. 2023.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. Interpretação e aplicação do Direito – a atuação do poder judiciário no Brasil - direitos sociais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/105>. Acesso em: 6 set. 2023.

REGO, Werson Franco Pereira. Estado Democrático de Direito, Democracia e Função Jurisdicional. **Direito em Movimento**, v.18, n.2, p. 286-309, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/143>. Acesso em: 20 ago. 2023.

RIBEIRO, Adriano da Silva; RODRIGUES, Flávio Murad; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A função jurisdicional e a responsabilidade pessoal do juiz. **Ius Gentium**, v. 12, n. 3, p. 33-56, 2021. Disponível em: <https://revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/595>. Acesso em: 23 ago. 2023.

SANTANA, Ana Carolina. A metodologia de Luigi Ferrajoli para a produção de pronunciamentos judiciais penais. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 1-20, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210566735.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

SERVILHA, Claudia; MEZZARROBA, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Editora Saraiva, 2019. Ebook, p. 84-87.

TIBURCIO, Carmen. As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 67–90, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/481>. Acesso em: 5 set. 2023.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento, **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 51, 2010. p. 178-181. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041201.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE DIVERSOS SEGMENTOS DA SOCIEDADE NO FIRMAMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS LEGITIMAMENTE DEMOCRÁTICAS

AMICUS CURIAE: UN ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DE DISTINTOS SEGMENTOS DE LA SOCIEDAD EN LA FIRMACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES LEGÍTIMAMENTE DEMOCRÁTICAS

Amanda Gabriely Santos Pereira
Carla Fernanda Prim Marzani

RESUMO

O presente artigo, utilizando a metodologia lógico-dedutiva, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, aborda a importância do *Amicus Curiae* na construção de uma jurisdição democrática, destacando sua contribuição para o pluralismo e a legitimação das decisões judiciais. Primordialmente, explora-se o contexto de pluralismo social e a teoria da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Häberle. Em seguida, analisa-se como a participação cidadã na jurisdição constitucional amplia o papel do judiciário e promove sua legitimidade. Na sequência, o foco recai sobre o *Amicus Curiae*, eis que sua intervenção permite que diferentes perspectivas sejam consideradas, fortalecendo a conexão entre o Judiciário e a sociedade civil. Ao final, a partir dos exemplos significativos na jurisprudência brasileira, como os casos da Marcha da Maconha, cotas raciais nas universidades, Lei de Biossegurança e Código Florestal, conclui-se que o instituto do *Amicus Curiae* tem o papel de enriquecer o debate jurídico e assegurar a proteção de direitos fundamentais, garantindo um sistema judiciário mais representativo e legítimo e promovendo a estabilidade democrática e a confiança no Estado de Direito.

Palavras-chave: sociedade aberta dos intérpretes; legitimidade das decisões judiciais; *amicus curiae*.

RESUMEN

El presente artículo, utilizando la metodología lógico-deductiva, basándose en la construcción doctrinaria, jurisprudencial y normativa, aborda la importancia del *Amicus Curiae* en la construcción de una jurisdicción democrática, destacando su contribución al pluralismo y la legitimación de las decisiones judiciales. Inicialmente, se explora el contexto del pluralismo social y la teoría de la “Sociedad Abierta de los Intérpretes de la Constitución” de Häberle.

Luego, se analiza cómo la participación ciudadana en la jurisdicción constitucional amplía el papel del poder judicial y promueve su legitimidad. A continuación, el enfoque recae sobre el *Amicus Curiae*, ya que su intervención permite que se consideren diferentes perspectivas, fortaleciendo la conexión entre el Poder Judicial y la sociedad civil. Al final, a partir de ejemplos significativos en la jurisprudencia brasileña, como los casos de la Marcha de la Marihuana, cuotas raciales en las universidades, Ley de Bioseguridad y Código Forestal, se concluye que el *Amicus Curiae* tiene el papel de enriquecer el debate jurídico y asegurar la protección de derechos fundamentales, garantizando un sistema judicial más representativo y legítimo y promoviendo la estabilidad democrática y la confianza en el Estado de Derecho.

Palabras clave: sociedad abierta de los intérpretes; legitimidad de las decisiones judiciales; *amicus curiae*.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. PLURALISMO SOCIAL E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO; 3. A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: AMPLIANDO O PAPEL DO JUDICIÁRIO E GARANTINDO SUA LEGITIMIDADE; 4. O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE VALORIZAÇÃO DO PLURALISMO E DA LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é o resultado de reflexões durante o curso da disciplina Estado Constitucional e Democracia do programa de mestrado e doutorado em Direito da UniBrasil. Durante esse período, foram explorados conceitos relacionados à abertura, cooperação e integração da Constituição (Maliska, 2013, *passim*) bem como sua relação com o pluralismo (Maliska, 2022, *passim*).

Os debates nesta disciplina proporcionaram percepções interessantes sobre como o judiciário desempenha um papel central na interpretação e aplicação das leis, especialmente em um contexto de crescente pluralidade de vozes e fontes do direito.

Foi pensando na dinâmica do judiciário em sociedades complexas que surgiu o interesse em investigar a participação de diversos segmentos da sociedade na tomada de decisões judiciais democráticas, com foco especial no papel do *Amicus Curiae*.

Para essa análise, utilizou-se revisão bibliográfica sobre o Pluralismo Social e as ideias da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle. Em seguida, buscou-se compreender como a participação cidadã na jurisdição constitucional pode tornar o judiciário verdadeiramente democrático, ampliando seu papel e garantindo sua legitimidade.

Durante esta investigação, também se destacou exemplos concretos de como a legitimidade da jurisdição é promovida por meio de mecanismos como júris populares, audiências públicas e, especialmente, o *Amicus Curiae*.

Deu-se especial destaque a esse instrumento, que permite a participação de terceiros como “amigos da corte”, desempenhando um importante papel na valorização do pluralismo e na legitimação das decisões judiciais, examinando suas características específicas e apresentando alguns exemplos da experiência judicial brasileira que ilustram sua importância na promoção de uma jurisdição mais inclusiva e democrática, nos moldes das ideias apresentadas por Peter Häberle.

Para o aprofundamento da temática, inicialmente será explorado o contexto de pluralismo social e a teoria da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle. Em seguida, será analisada como a participação cidadã na jurisdição constitucional amplia o papel do judiciário. O foco principal recai sobre o *Amicus Curiae*, um instrumento que permite que terceiros forneçam informações em casos judiciais.

Por fim, serão destacados exemplos na jurisprudência brasileira, como casos relacionados à Marcha da Maconha e cotas raciais, que ilustram sua influência positiva na proteção de direitos fundamentais e na tomada de decisões com melhor aporte para sua fundamentação.

2 PLURALISMO SOCIAL E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Ao reconhecer que as sociedades são compostas por uma multiplicidade de segmentos sociais, compostos por diversidades étnicas, religiosas, culturais, políticas e econômicas, com suas próprias peculiaridades, interesses e visões de mundo, pode-se inferir que a diversidade é uma característica intrínseca das sociedades modernas e reflete a complexidade da vida contemporânea.

Essa diversidade, ou melhor, esse pluralismo social tem sido objeto de estudo e reflexão por parte de sociólogos ao longo da história. Dentre os notáveis nomes que contribuíram para a sua conceituação e exploração destacam-se Arthur F. Bentley, Alain Touraine, Zygmunt Bauman e John Stuart Mill.

Arthur F. Bentley (1908), sociólogo político, em sua obra *“The Process of Government: A Study of Social Pressures”*, asseverou que as sociedades modernas são naturalmente pluralistas, com uma multiplicidade de grupos de interesse e pontos de vista. Ele acreditava que essa diversidade enriquece a sociedade, promovendo a tomada de decisões mais informadas.

Alain Touraine (1973), sociólogo francês conhecido por seu trabalho sobre a sociedade pós-industrial e a participação cidadã, enfatiza a importância do pluralismo social como uma fonte de criatividade e inovação na sociedade. Ele destaca ainda como a diversidade de perspectivas pode levar a soluções mais eficazes para os problemas sociais.

Embora seja principalmente conhecido como filósofo e economista, John Stuart Mill (1859) também fez contribuições importantes para a sociologia e a teoria política. Em sua obra *“On Liberty”*, ele destaca que a diversidade de opiniões e a liberdade de expressão são essenciais para o progresso e o desenvolvimento da sociedade. Mill defende a tolerância em relação a diferentes pontos de vista como um componente crucial de uma sociedade pluralista.

Já Zygmunt Bauman (2001), em sua obra *“Modernidade Líquida”*, destaca que as sociedades contemporâneas são caracterizadas pela fluidez e pela constante mudança. Ele pontuou que a pluralidade é uma característica intrínseca dessas sociedades, onde as identidades individuais e coletivas são fragmentadas e fluidas. Bauman declarou que as sociedades líquidas frequentemente enfrentam desafios relacionados à coexistência de diferentes grupos culturais, étnicos e religiosos, mas também enfatizou a importância da tolerância e da compreensão mútua na construção de sociedades mais inclusivas.

É importante destacar, consoante o entendimento de Bentley (1908), que o pluralismo social enriquece a vida cultural, intelectual e criativa de uma sociedade. A convivência com diferentes perspectivas e tradições culturais estimula a criatividade, a inovação e o diálogo intercultural.

No entanto, o pluralismo social também apresenta desafios. A convivência de grupos diversos pode levar a conflitos e tensões, especialmente quando não há um esforço de diálogo e compreensão mútua. Portanto, é importante que as sociedades promovam mecanismos de resolução de conflitos e políticas de inclusão que garantam que todos os grupos se sintam parte da sociedade e tenham igualdade de oportunidades.

À medida que as nações se tornam mais heterogêneas, o desafio de garantir que os preceitos constitucionais sejam aplicados de maneira justa e inclusiva se torna mais premente.

Nesse contexto apresenta-se a ideia de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição,” proposta por Peter Häberle (1977). De acordo com esse conceito, o grupo de pessoas encarregadas de interpretar a Lei Fundamental deve ser ampliado para englobar não apenas as autoridades públicas e as partes formalmente envolvidas nos procedimentos de controle de constitucionalidade, mas também todos os cidadãos e segmentos sociais que, de alguma maneira, se inserem e vivem a realidade constitucional.

Häberle (1977, p. 12) critica a ideia de uma “sociedade fechada” de intérpretes da Constituição, que se concentra apenas na interpretação dos juízes e nos procedimentos formalizados. O autor destaca que essa abordagem é limitada e empobrece a interpretação constitucional ao não considerar a diversidade de vozes e perspectivas na sociedade (Häberle, 1977, p. 34). Defende, portanto, uma interpretação constitu-

cional que seja tanto um elemento resultante da sociedade aberta quanto formador dessa sociedade (Häberle, 1977, p. 13).

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição, apresentada por Häberle, não apenas promove a legitimidade da interpretação constitucional, mas também a enriquece com experiências desses diversos grupos. Ela reflete o reconhecimento do pluralismo social e valoriza a participação cidadã na formação e interpretação da lei fundamental de uma nação.

Essa interpretação, segundo Häberle, deve ser vista como um processo aberto e não como um ato passivo de submissão às ordens pré-estabelecidas, pois apresenta-se mais como um processo que envolve a exploração de diversas possibilidades e alternativas.

Nesse contexto, a interpretação se transforma em um exercício de liberdade, pois permite aos intérpretes questionar e desafiar a ideologia da subsunção, que busca enquadrar todos os casos em normas pré-determinadas. A ampliação do círculo de intérpretes, como sugerido por Häberle, é uma resposta à necessidade de incorporar a realidade em constante evolução no processo de interpretação, reconhecendo que os intérpretes desempenham um papel fundamental na construção desse panorama pluralista, pois “a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada” (Häberle, 1977, p. 30).

Häberle (1977, p. 30) também argumenta que a interpretação constitucional se legitima pela teoria democrática. Para ele, a interpretação constitucional sem o envolvimento ativo dos cidadãos e das potências públicas seria impensável.

A democracia não é apenas uma questão de representação política. O povo não se limita a um referencial quantitativo que se manifesta apenas no dia das eleições, pois também envolve a participação ativa dos cidadãos no processo de interpretação da Constituição¹. Assim, a sociedade aberta de intérpretes da Constituição é uma manifestação da democracia, onde a pluralidade de vozes e perspectivas é valorizada.

As ideias de Häberle (1977) também apresentam implicações profundas para a hermenêutica constitucional jurídica. O autor ressalta que a interpretação jurídica constitucional deve ser relativizada, uma vez que os juízes constitucionais não interpretam mais de forma isolada, mas em conjunto com outros participantes da sociedade aberta de intérpretes.

Nesse contexto, compreende-se que existe um amplo leque de forças pluralistas que têm o potencial de se tornarem intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” se torna relativo à medida que o círculo da-

1 O jurista alemão assevera que o “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania [...]”. (Häberle, 1997. p. 37).

queles que efetivamente contribuem para a interpretação constitucional se expande. A esfera pública pluralista assume um papel de normatização significativo, exercendo influência na interpretação subsequente da Constituição pela Corte Constitucional, que deve estar em sintonia com a sua atualização pública (Häberle, 1977, p. 41).

Além disso, a participação de todos os membros da sociedade no processo de interpretação constitucional implica uma mudança na forma como os juízes e tribunais aplicam o direito constitucional.

O autor aborda a conformação e utilização do direito processual constitucional, ressaltando que os instrumentos de informação disponíveis para os juízes constitucionais devem ser aprimorados e expandidos. Esse aprimoramento se refere principalmente às formas progressivas de participação e à própria oportunidade de participação no processo constitucional, especialmente em audiências e intervenções. Além disso, assevera que novas modalidades de envolvimento das forças públicas pluralistas como intérpretes abrangentes da Constituição precisam ser desenvolvidas (Häberle, 1977, p. 46-48).

Dessa narrativa pode-se inferir que a jurisdição constitucional precisa ser percebida como legítima pelos cidadãos e pelas instituições democráticas. Isso significa que as decisões não podem ser vistas como imposições autoritárias, mas sim como resultados de um processo democrático, no qual a participação ativa da sociedade e de suas diversas forças é valorizada.

Quando os cidadãos e as instituições democráticas percebem a jurisdição constitucional como legítima, isso fortalece o Estado de Direito e contribui para a estabilidade e a confiança no sistema jurídico.

3 A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: AMPLIANDO O PAPEL DO JUDICIÁRIO E GARANTINDO SUA LEGITIMIDADE

Em uma análise da concepção de Häberle e de seu impacto no contexto do Pluralismo e da Constituição, Marcos Augusto Maliska sublinha que o sistema judiciário, ao lidar tanto com ações coletivas quanto com a discussão da constitucionalidade de leis no âmbito do controle abstrato, emerge como uma fonte adicional de representatividade pública. O sistema judiciário é percebido então como um instrumento democrático acessível às minorias e àqueles que estão distantes ou têm pouca presença no cenário parlamentar (Maliska, 2021, *passim*).

Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève (2015), ao criticarem a teoria das capacidades institucionais, mais precisamente a ideia proposta por Adrian Vermeule de que é o melhor seria que os juízes aderissem estritamente ao sentido

superficial dos textos legais, excluindo considerações mais amplas, como a história legislativa e os valores públicos, formulações essas que foram acompanhadas pela indicação de que temas muito abstratos deveriam ser colocados fora do alcance do Judiciário, destacam a rigidez que essa teoria impõe ao papel interpretativo do Judiciário.

Citando a perspectiva de Lênio Streck de que “a Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida ‘como’ algo)” (Streck, 2004, p. 171), ou seja que não é possível separar a Constituição do intérprete, destacam os autores que a teoria das capacidades institucionais sequer considera o fato de que ao negar a exploração das nuances do texto ou ao restringir o papel do intérprete à mera reprodução da “superficialidade” desse texto, ela está efetivamente, abdicando da entrada no “mundo” construído nas narrativas jurídicas apresentadas perante os tribunais. Indicam que isso equivale a uma visão instrumental da linguagem como um mero objeto mediador na relação entre sujeito e objeto.

Como se pode perceber, a função do judiciário transcende a simples reprodução superficial do texto legal, exigindo uma análise aprofundada que leve em consideração todo o contexto político, jurídico e social que envolve a situação que está sendo julgada. É fundamental compreender que os juízes não podem se limitar a uma interpretação literal das leis, pois isso não refletiria adequadamente a complexidade das questões em jogo.

Apresentadas essas considerações, busca-se trazer à tona esse papel de maior influência do sistema judiciário e enfatizar a questão da legitimidade dessa jurisdição constitucional. Em outras palavras, como pode um grupo restrito de juízes, que não são eleitos pelo povo e, portanto, carecem de representação popular direta, possuir o poder de invalidar leis promulgadas pelos representantes eleitos pelo povo? Além disso, qual legitimidade esses juízes têm para tomar tais decisões como a instância final e incontestável? (Hohmann, 2023, p. 2).

A legitimação da jurisdição é um pilar essencial de qualquer sistema democrático. Para que um Estado de Direito funcione de maneira plena é imperativo que a jurisdição seja percebida como legítima tanto pelos cidadãos quanto pelas instituições democráticas. Essa legitimidade não é uma questão de mera formalidade, mas sim um elemento fundamental para a confiança no sistema judicial e a estabilidade democrática como um todo.

Quando os cidadãos e as instituições democráticas questionam ou desconfiam da competência do judiciário, a confiança no sistema legal é minada. Isso pode levar a um ciclo perigoso de descrença, onde as pessoas se sentem desencorajadas a buscar a justiça por meio do sistema judicial, prejudicando assim a própria essência de um Estado de Direito.

Hohmann (2023, p. 17-18), ao fazer questionamentos sobre a legitimidade do sistema judiciário, destacou que a jurisdição constitucional é construída sobre a base do respeito à Constituição como a lei suprema e, conseqüentemente, à jurisdição dos tribunais constitucionais como os guardiões dessa Constituição. Isso implica que a legitimidade dos juízes constitucionais não deriva da eleição popular, mas sim de sua adesão à Constituição e à aplicação imparcial das suas disposições.

Não obstante o posicionamento acima destacado, para além da observância dos princípios constitucionais, é crucial que os tribunais constitucionais operem com transparência, justifiquem suas decisões de maneira clara e fundamentada, e permitam que os cidadãos participem do processo.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 132), “quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade”.

Visto que um dos meios mais eficazes para garantir a legitimação democrática da jurisdição é promover a participação ativa dos cidadãos no processo judicial, o que envolve não apenas permitir que esses cidadãos tenham acesso aos tribunais, mas também criar mecanismos que permitam que eles se envolvam de maneira significativa e se sintam representados no sistema judicial, aponta-se alguns exemplos importantes de participação cidadã na jurisdição brasileira.

I. Júris Populares: Os júris populares são um mecanismo de participação popular no sistema judicial, particularmente comum em sistemas legais baseados no sistema de *Common Law*. Esses júris são compostos por um grupo de cidadãos comuns selecionados aleatoriamente da comunidade e são convocados para participar em determinados julgamentos criminais (julgamentos de crimes dolosos contra a vida).

A principal função de um júri popular é atuar como um órgão imparcial que ouve as evidências apresentadas durante um julgamento e, em seguida, decide, por meio de um veredito.

Isso não apenas promove a transparência, mas também demonstra que a questão posta em julgamento não é um assunto exclusivo de juristas, mas algo que afeta a sociedade como um todo.

O jurado leigo possui uma perspectiva única ao julgar um semelhante, demonstrando uma sensibilidade para avaliar a moralidade das ações, distante da compreensão abstrata do conceito de crime. Eles encaram o caso como um evento real da vida cotidiana que requer uma análise individualizada ao invés de uma abstração conceitual (Almeida, 2012, p. 68).

Embora estejamos cientes das questões e críticas relacionadas à eficácia desse sistema, que não serão abordadas em detalhes, uma vez que extrapolam o objeto do presente trabalho, é imprescindível reconhecer sua importância como um mecanismo de engajamento dos cidadãos no âmbito da jurisdição.

II. Audiências Públicas: As audiências públicas no Judiciário brasileiro desempenham um papel significativo na promoção da transparência, participação democrática e na busca por decisões judiciais mais fundamentadas. Estas audiências representam um mecanismo importante que permite a interação direta com a sociedade civil, advogados, acadêmicos e especialistas em determinadas áreas, reforçando a ideia de que a jurisdição constitucional é um processo aberto à participação da sociedade.

No STF, por exemplo, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009². Essa emenda conferiu competência ao Presidente ou ao Relator, de acordo com os artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF, para convocar audiências públicas sempre que julgarem necessário esclarecer questões de fato relacionadas a casos de repercussão geral e de relevante interesse público que estão sendo debatidos no Tribunal. O procedimento a ser seguido para a realização dessas audiências está estabelecido no artigo 154, parágrafo único, do Regimento Interno do STF.

Até março de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou 38 audiências públicas abordando uma ampla gama de temas. Esses debates incluíram questões relacionadas ao uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, importação de pneus usados, aborto de fetos anencéfalos, políticas de ações afirmativas no acesso ao ensino superior, judicialização do direito à saúde, proibição da venda de bebidas alcoólicas perto de rodovias, financiamento de campanhas eleitorais, biografias não autorizadas, ensino religioso em escolas públicas, marco civil da internet, suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil, direito ao esquecimento na esfera civil, interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, Fundo Clima e Fundo Amazônia, redução da letalidade policial, população em situação de rua no Brasil e responsabilização civil de provedores por conteúdo ilícito gerado por terceiros.

Embora as audiências públicas no âmbito do STF sejam um importante mecanismo de participação popular e de transparência nas deliberações judiciais, ainda existem críticas e desafios em relação à sua aplicação no sistema brasileiro. Tainah Simões Sales Thiago (2021, p. 61-94), em uma análise comparativa com a experiência do sistema francês, sugere algumas alterações para aprimorar o uso das audiências públicas no contexto brasileiro, especialmente em relação à quantidade dessas audiências.

Segundo a autora supracitada, uma das principais contribuições do sistema francês para o brasileiro é a obrigatoriedade das audiências públicas em todos os processos de controle de constitucionalidade repressivo. Ao contrário da norma brasileira, a lei francesa estabelece que o Conselho Constitucional deve convocar uma audiência pública e proferir sua decisão no prazo de três meses após o recebimento da questão prioritária de constitucionalidade (QPC). Além disso, as audiências na França

2 BRASIL. **Emenda Regimental 29, de 18 de fevereiro de 2009.** Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Publicada no DJE de 20-2-2009. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf.pdf> > Acesso em: 05 jun. 2024.

são realizadas regularmente às terças-feiras, com ampla divulgação da agenda no site do órgão e abertas ao público. Se o número de interessados exceder o número de lugares disponíveis no auditório, são disponibilizadas salas com videoconferência para que mais pessoas possam participar.

No entanto, no sistema brasileiro, a convocação de audiências públicas ainda é esporádica.

Para a autora, uma sugestão para aprimorar o uso das audiências públicas no Brasil, inspirada na experiência francesa, seria estabelecer dias específicos para a realização dessas audiências, tornando-as parte regular da rotina do STF. Isso reduziria o esforço logístico necessário para cada audiência, uma vez que deixaria de ser um evento excepcional. Com o tempo, mecanismos seriam desenvolvidos para facilitar a condução das audiências de forma mais eficiente e rotineira, mudança que poderia tornar as audiências públicas no Brasil mais acessíveis, frequentes e eficazes como instrumento de participação democrática no âmbito judicial.

III. *Amicus Curiae*: Ainda dentro desse contexto de jurisdição constitucional democrática se insere o *amicus curiae*, um terceiro que ingressa no processo para fornecer informações contribuir com o órgão jurisdicional para o melhor julgamento da causa, uma vez que poderá subsidiar o processo com informações técnicas mais apuradas sobre o assunto ou trazer novos fatos desconhecidos na realidade do julgador (Rocha, 2015, p. 277).

O instituto do *amicus curiae* é um importante instrumento para a valorização do pluralismo no sistema judiciário. Ele desempenha um papel fundamental na legitimação democrática das decisões judiciais, ao permitir que diferentes vozes e perspectivas sociais sejam consideradas. Além disso, o *amicus curiae* contribui para a maior precisão das decisões, uma vez que introduz novas abordagens e oferece uma visão mais abrangente das questões em análise. Isso se traduz na consideração dos direitos das minorias historicamente marginalizadas e de outros segmentos da sociedade.

Para sustentar essa visão, o próximo tópico abordará em detalhes o instituto processual do *amicus curiae*, destacando seu papel na promoção do pluralismo e na legitimidade das decisões judiciais. Em seguida, apresentará exemplos de casos judiciais relevantes com a atuação do *amicus curiae*, demonstrando sua relevância e contribuição para aprimorar a qualidade das decisões judiciais.

4 O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE VALORIZAÇÃO DO PLURALISMO E DA LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O instituto do *amicus curiae*, termo latino que significa “amigo da corte”, tem desempenhado um papel fundamental na evolução do sistema judicial ao redor do

mundo. Originado na Inglaterra³, seu uso se disseminou globalmente como uma ferramenta que promove o pluralismo, a legitimidade democrática e a qualidade das decisões judiciais.

Sob a influência das ideias de Peter Häberle (1997) sobre o pluralismo na hermenêutica constitucional, foram promulgadas as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulam o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade, prevendo a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades cuja finalidade é fornecer informações técnicas, esclarecimentos e elementos adicionais para enriquecer o processo de jurisdição constitucional.

Nas palavras de Joyce Araújo Florentino (2022, p. 164-165), da leitura do teor dos dispositivos que estabelecem a forma de admissibilidade nas ações de controle de constitucionalidade e na ação de descumprimento de preceito fundamental denota-se a ampliação da aplicação de instrumentos processuais que possibilitam a intervenção de entidades “com interesse institucional na aferição da validade das normas relacionadas à sua área de atuação, como forma de democratizar o debate”.

A Lei 11.417, promulgada em 19 de dezembro de 2006, que regula o artigo 103-A da Constituição Federal e trata da criação, revisão e cancelamento de enunciados de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 3º, § 2º, estabelece que, durante o processo de criação, revisão ou cancelamento desses enunciados, o relator tem a possibilidade de permitir que terceiros se manifestem sobre a questão.

Além disso, o Código de Processo Civil, ao abordar especificamente o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), também prevê a intervenção do *amicus curiae* nos termos do artigo 1.038⁴.

O Código de Processo Civil de 2015 também regulamentou o instituto do *amicus curiae* por meio de seu art. 138, que assim dispõe:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de com-

3 Cassio Scarpinella Bueno, com apoio nas palavras de Elisabetta Silvestri, aponta a origem do *amicus curiae* no direito penal inglês medieval, afirmando que os “amigos da corte” participavam de julgamentos que não envolviam interesses governamentais na condição de “*attorney general*”, com o propósito de sistematizar as informações daquele julgamento, precedentes, leis etc., apresentando maiores subsídios aos juízes. (Bueno, 2006).

4 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Publicado no D.O.U de 17/03/2015, pág. nº 1. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2024.

petência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A codificação do *amicus curiae* trouxe algumas inovações em relação às normas anteriores que regiam o instituto no contexto nacional.

Agora, tanto o juiz quanto o relator podem decidir sobre a possibilidade de participação do *amicus curiae*, indicando que esse mecanismo pode ser aceito em todas as instâncias do Poder Judiciário, não se limitando mais apenas às Cortes Superiores, como era anteriormente. Além disso, o dispositivo permite a participação de pessoas naturais, o que antes não era considerado.

Também se apresenta como responsabilidade do juiz e do relator determinar os poderes que o *amicus curiae* terá na demanda. Eles podem decidir a extensão desses poderes após analisar as argumentações e contrarrazões do caso em questão, ouvindo também as partes envolvidas.

É importante ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* não tem o poder de alterar a competência para julgar a demanda, conforme estabelecido no § 1º do artigo 138 do CPC/2015.

Além disso, no que tange aos recursos, o *amicus curiae* geralmente não tem autorização para sua interposição, exceto nos casos de embargos de declaração e na decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas.

William Soares Pugliese (2020, p. 83-97) destaca que o ingresso do *amicus curiae* está sujeito a requisitos tanto objetivos quanto subjetivos, consoante estabelecido pela lei. Do ponto de vista subjetivo, um único critério deve ser atendido independentemente da situação específica, que é a “representatividade adequada”.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 590) fornece uma definição ampla de representatividade adequada, afirmando que o *amicus curiae* deve ter algum tipo de conexão com a questão em disputa, de modo a contribuir para sua solução.

Além do requisito subjetivo, ainda segundo William Soares Pugliese (2020), a lei estabelece três requisitos objetivos para a atuação do *amicus curiae*, a saber: relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da controvérsia. Pontua que os requisitos objetivos são independentes entre si, o que significa que a intervenção do *amicus curiae* pode ocorrer desde que pelo menos um deles seja cumprido. “Em outras palavras, os requisitos objetivos são alternativos” (Pugliese, 2020, p. 3).

A especificidade do tema refere-se à importância da matéria que está sendo examinada pelo Poder Judiciário em um caso concreto. Por outro lado, a relevância da matéria pode ser demonstrada por indicadores em setores econômicos, políticos,

sociais ou jurídicos, semelhantes aos critérios aplicados ao analisar a repercussão geral (Rocha, 2015, p. 277-278).

Por fim, a repercussão social da controvérsia define-se como uma questão que “contribui para a sistematização e desenvolvimento do direito” (Rocha, 2015, p. 277-278).

O autor destaca ainda que o *amicus curiae*, embora esteja incluído no capítulo que trata da intervenção de terceiros no Código de Processo Civil, não é e não deve ser tratado como uma parte no processo. Ressalta que a razão para isso é bastante simples: o conceito tradicional de parte no direito processual civil se baseia na ideia de que uma parte é alguém que apresenta uma demanda e é alvo de uma demanda. Portanto, se um terceiro deseja participar da relação jurídica processual, mas não apresenta uma demanda contra nenhuma das partes de forma concreta, não pode ser considerado uma parte no processo (Pugliese, 2020, p. 3).

Essa interpretação é fortalecida quando consideramos a afirmação de Paulo Roberto Dantas de que o *amicus curiae* não apenas precisa comprovar sua representatividade adequada e a importância do tema em discussão, mas também de que a sua participação no processo visa auxiliar o tribunal na compreensão completa da questão em análise, em vez de defender interesses subjetivos próprios (Dantas, 2019, p. 283).

Das considerações acima destacadas, depreende-se que uma das principais contribuições do *amicus curiae* é a ampliação da gama de perspectivas e argumentos no processo judicial. Nos casos de grande relevância social e política, as cortes frequentemente se deparam com uma variedade de opiniões e interesses divergentes e a participação do *amicus curiae* permite que vários grupos da sociedade civil, organizações não-governamentais, acadêmicos e especialistas ofereçam informações adicionais e argumentos que podem enriquecer a discussão e ajudar os tribunais a tomar decisões com melhores fundamentações.

Ao permitir que diferentes vozes tenham acesso ao processo judicial, ele ajuda a garantir que as decisões sejam fundamentadas em argumentos sólidos e baseadas no interesse público, ao invés de refletirem apenas as perspectivas das partes diretamente envolvidas no litígio⁵.

Outro aspecto crucial do *amicus curiae* é a sua contribuição para a legitimidade democrática das decisões judiciais. Em um sistema democrático, é essencial que as decisões judiciais sejam percebidas como legítimas pelo público e que reflitam os valores e interesses da sociedade como um todo.

Nesse sentido, Rita Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos, ao analisarem a percepção popular de que o Poder Judiciário estaria indevidamente exercendo fun-

5 Nesse sentido, Joyce Araújo Florentino destaca que “No que diz respeito à sua natureza jurídica, apesar de o tema suscitar grandes debates, pode-se afirmar que o *amicus curiae* consiste em terceiro alheio ao processo, que possui o interesse de intervir para **fomentar o debate ou prestar esclarecimentos ao juízo, além de oferecer informações técnicas sobre a matéria ou ainda para defender grupos que possam ser afetados pela decisão**” [g.n]. (Florentino, 2022. p. 278).

ções legislativas, abordam a questão da legitimidade das decisões das Cortes Supremas (Vasconcelos, R.; Vasconcelos, M. T., 2019, p. 337-352).

A autoras destacam que, para lidar com esse problema, especialmente no contexto das decisões dos Tribunais Superiores no Brasil, foram criados mecanismos processuais que permitem a participação da população, direta ou indiretamente, por meio de instituições representativas da sociedade, grupos ou classes, o que confere legitimidade às decisões judiciais. Esses mecanismos incluem a realização de audiências públicas e a intervenção do *amicus curiae* em casos de controle de constitucionalidade abstrato, bem como no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Além disso, o estudo realizado por elas reconhece a importância da mobilização de parte da população em resposta a decisões judiciais polêmicas, em um fenômeno conhecido como “*backlash*”. Afirmam que, embora as decisões das Cortes Supremas sejam legítimas, os membros do Poder Judiciário, ao considerarem ou não a opinião pública, às vezes agem como “legisladores ocasionais”.

Concluem, com base na teoria do constitucionalismo democrático desenvolvida por estudiosos norte-americanos, que a opinião pública desempenha um papel extremamente relevante na construção e legitimação democrática das decisões judiciais, especialmente na interpretação do significado da Constituição.

No contexto da jurisprudência brasileira, o *amicus curiae* desempenhou um papel significativo na promoção do pluralismo e da legitimidade democrática, permitindo que várias perspectivas fossem consideradas em decisões judiciais importantes. Alguns exemplos notáveis incluem:

I. Marcha da Maconha: O STF, por meio da ADPF 187 avaliou a legalidade desse evento de protesto, considerando se configurava apologia ao crime. O ministro Celso de Mello, relator do caso, permitiu a participação de dois *amici curiae*: a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (Abesup) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, decidiu a favor da realização dos eventos conhecidos como “Marcha da Maconha,” onde manifestantes que defendem a descriminalização da droga se reúnem. Os ministros entenderam que os direitos constitucionais à liberdade de reunião e à livre expressão de pensamento asseguram a realização dessas manifestações. A única ressalva feita foi a de que as manifestações fossem pacíficas e previamente comunicadas às autoridades públicas.

II. Cotas raciais nas universidades: Durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 186)⁶ que discutia a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades, diversos *amici curiae*, incluindo o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); AFROBRAS – Sociedade Afro-brasileira

6 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26-04-2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-20. DIVULG 17-10-2014. PUBLIC 20-10-2014. VOL-00230-01 PP-00009.

de Desenvolvimento Sócio Cultural; ICCAB – Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira; IDDH – Instituto de Defensores dos Direitos Humanos; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado – MNU; EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, CONECTAS Direitos Humanos e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB contribuíram com argumentos sobre a importância das políticas de ação afirmativa para combater a desigualdade racial no acesso à educação superior.

A decisão tomada pelo tribunal, com o auxílio das considerações feitas pelos *amicus curiae* foi a de que as políticas de ações afirmativas baseadas em critérios étnicos para promover maior acesso de pessoas negras aos bancos de universidades públicas são constitucionais e necessárias para corrigir distorções culturais históricas existentes no Brasil.

III. Lei de Biossegurança: No caso da ADI nº 3.510⁷ sobre a Lei de Biossegurança, que tratava do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, o STF permitiu a participação de várias entidades científicas e médicas como *amici curiae*, incluindo a Conectas Direitos Humanos; Centro De Direito Humanos - CDH; Movimento em Prol da Vida - MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, além da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB. Essas organizações trouxeram informações técnicas e científicas que ajudaram o tribunal a tomar uma decisão informada sobre o assunto.

É importante sublinhar que o relator, ao admitir a participação dessas entidades, reconheceu a expressiva representatividade social, destacando-as como agentes que personificam os princípios constitucionais de pluralismo, tanto cultural, conforme indicado no preâmbulo da Constituição, quanto político, como estabelecido no inciso V do artigo 1º da nossa Lei Maior⁸. Asseverou ainda que a participação delas como *amici curiae* contribuiria significativamente para reforçar a legitimidade da decisão que proferida naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Na já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, a Procuradoria-Geral da República (PGR) alegou que a disposição violava a proteção constitucional do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, argumentando que o embrião é considerado uma vida humana.

No entanto, o Ministro Ayres Britto, relator da ADI nº 3.510, argumentou que, dado o fato de que o embrião in vitro não possui a capacidade de desenvolver as primeiras terminações nervosas, ele não pode ser considerado uma pessoa humana

7 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29-05-2008, DJe-096. DIVULG 27-05-2010. PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134. VOL-00214-01 PP-00043

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2024.

nesse estágio de desenvolvimento. Para o Ministro Relator, o embrião in vitro é algo que nunca se tornará alguém. Portanto, devido à ausência de vida no embrião, a não utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa seria um desperdício, que inclusive violaria o artigo 3º da Constituição Federal⁹, já que não contribuiria para a construção de uma sociedade solidária.

Ele também enfatizou que a capacidade das células-tronco embrionárias de se diferenciarem em todas as células do organismo humano as torna essenciais para a pesquisa médica. Diversas doenças, como distrofias musculares, esclerose lateral amiotrófica, esclerose múltipla, diabetes, mal de Parkinson e várias síndromes que afetam milhões de pessoas no Brasil são objeto de pesquisa com respaldo nessas células, o que pode resultar em tratamentos eficazes para essas condições.

IV. Código Florestal: Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4901), que abordou a constitucionalidade da Lei Federal que regulamenta o Código Florestal Brasileiro, o STF permitiu a participação de diversas entidades como *amici curiae*. Isso incluiu a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica, Terra Direitos, Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais do Estado da Bahia, Associação Brasileira de Reforma Agrária, Instituto Gaúcho de Estudos Ambientais, Federação dos órgãos da Assistência Social e Educacional, Organização das Cooperativas Brasileiras, Instituto Socioambiental, Rede de Organizações não-governamentais da Mata Atlântica, Associação de Defesa do Ambiente, Associação Brasileira do Agronegócio, dentre outros setores de ampla representatividade.

Depreende-se que a intervenção desses diversos segmentos como *amicus curiae* permitiu considerar diversas perspectivas sobre a legislação ambiental.

No que diz respeito à significativa intervenção do *amicus curiae* no caso relacionado ao Código Florestal, é importante destacar a perspectiva defendida por Magno Federici Gomes e Leandro José Ferreira. Eles argumentam que, quando se trata de questões coletivas de natureza ambiental, a participação do *amicus curiae* desempenha um papel efetivo, embora parcial, na concretização do preceito constitucional estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Afirmam que esse direito constitucional a um ambiente equilibrado e uma qualidade de vida saudável possui um caráter tanto intra quanto intergeracional, no qual a coletividade tem a responsabilidade e o direito de protegê-lo e preservá-lo não apenas para as gerações atuais, mas também para as futuras (Gomes; Ferreira, 2020, p. 283-313).

9 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2024.

Em suma, esses exemplos na jurisprudência brasileira destacam como a participação do *amicus curiae* enriqueceu o debate jurídico e permitiu que questões complexas fossem analisadas de forma mais abrangente, contribuindo para o aprimoramento do sistema jurídico e a proteção de direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, ao longo deste trabalho, destacou-se o pluralismo social como um conceito fundamental para compreendermos a diversidade e a complexidade das sociedades contemporâneas, enfatizando a coexistência de uma variedade de grupos, identidades, culturas, valores e perspectivas dentro de uma sociedade.

Destacou-se que o pluralismo social reconhece que não existe uma única maneira correta de viver, pensar ou se relacionar com os outros, e que a coexistência pacífica e respeitosa dessas diferenças é essencial para o funcionamento de sociedades democráticas e inclusivas.

Em seguida, explorou-se a ideia da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, proposta por Häberle. Essa abordagem amplia a interpretação constitucional para incluir os cidadãos, enriquecendo-a com diversas perspectivas desses grupos sociais. Ao transformar a interpretação em um exercício de liberdade, essa abordagem reflete a verdadeira essência da democracia, onde a participação ativa é valorizada e os cidadãos têm a oportunidade de moldar as decisões que afetam suas vidas. Além disso, destacamos como a hermenêutica constitucional jurídica passou a ter a atuação conjunta de juízes e da sociedade pluralista.

Ao longo deste trabalho, também enfatizamos a importância da participação cidadã para uma jurisdição constitucional democrática, destacando que o sistema judiciário desempenha um papel de representatividade adicional às minorias e àqueles menos presentes na cena política.

Asseverou-se também que a legitimidade da jurisdição constitucional é vital em uma democracia. A confiança na justiça depende da percepção de que as decisões judiciais são justas, imparciais e baseadas em princípios sólidos. Portanto, enfatizamos a importância de envolver os cidadãos no processo judicial para garantir essa legitimidade.

Nesse contexto, exploramos mecanismos como júris populares, audiências públicas e a participação do *amicus curiae*. Esses instrumentos desempenham um papel importante na promoção da transparência, participação democrática e na busca por decisões judiciais mais fundamentadas. Eles permitem que diferentes vozes e perspectivas sejam consideradas, contribuindo para a qualidade das decisões judiciais.

Finalmente, destacamos o papel crucial do *amicus curiae*, conhecido como “amigo da corte”, na promoção do pluralismo e na legitimação das decisões judiciais.

Esse instituto, originado na Inglaterra e disseminado globalmente, desempenha um papel vital no contexto jurídico brasileiro, onde seu uso foi ampliado e regulamentado. O *amicus curiae* não é uma parte do processo, mas contribui significativamente para enriquecer o debate jurídico e garantir que as decisões judiciais reflitam o interesse público.

Os exemplos na jurisprudência brasileira, como os casos relacionados à Marcha da Maconha, cotas raciais nas universidades, Lei de Biossegurança e Código Florestal, ilustram como a intervenção do *amicus curiae* enriqueceu o debate jurídico e contribuiu para a proteção de direitos fundamentais. Em última análise, a jurisdição democrática depende da participação ativa dos cidadãos no processo judicial, garantindo que o sistema judiciário seja percebido como legítimo e representativo. Essa participação é essencial para promover a estabilidade democrática e a confiança no Estado de Direito.

NOTAS

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete. **Tribunal do Júri**. Dimensão Constitucional Contemporânea. Reflexões Constitucionais de sua Garantia Fundamental de Cidadania. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?str-Secao=resultado&nrSeq=20969@1>> Acesso em 24 ago. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BENTLEY, Arthur F. ***The Process of Government: A Study of Social Pressures***. University of Chicago Press, 1908.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, pp. 127-150, maio-agosto, 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/740>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Emenda Regimental 29, de 18 de fevereiro de 2009**. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Publicada no DJE de 20-2-2009. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf.pdf>> Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Publicado no D.O.U de 17/03/2015, pág. nº 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2024.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FLORENTINO, Joyce Araújo. **Intervenção do Amicus Curiae na Jurisdição Democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo**. Editora Dialética (Edição do Kindle), 2022.

GOMES, M. F.; FERREIRA, L. J. Amicus curiae democrático e o processo coletivo ambiental. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 25, n. 2, p. 283–313, 2020, p. 303. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1375>. Acesso em: 5 set. 2023

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

HOHMANN, L. H. G. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 2, n. 2, 2007. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/97>. Acesso em: 24 ago. 2023.

LORENZETTO, B. M.; CLÈVE, C. M. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 19, n. 19, p. 131–168, 2015. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>. Acesso em: 24 ago. 2023

MALISKA, M. A. A Interpretação constitucional como Criação do Direito. A contribuição de Peter Häberle para o tema Pluralismo e Constituição. In: Marcos Augusto Maliska; Mariana Ribeiro Santiago; Vladimir Oliveira da Silveira; Ana Carolina Souza Fernandes. (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Peter Häberle: contribuições à sociedade informacional**. 1ª ed. Uberlândia: LAECC - LABORATÓRIO AMERICANO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS COMPARADOS, 2021, v. 1.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. John W. Parker and Son, 1859.

PUGLIESE, William S. Amicus Curiae: procedimento, poderes e vinculação à decisão. **Revista de Processo**, v. 305, p. 83-97, jul/2020.

ROCHA, Mauro Sérgio. Comentários ao capítulo V do Código de Processo Civil de 2015. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord. geral); BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

SALES, T. A jurisdição constitucional francesa e seus mecanismos de participação social: alternativa ao sistema brasileiro? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 3, p. 61–94, 2021. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i31865. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1865>> Acesso em: 24 ago. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171

TOURAINE, Alain. **Production de la société**. Seuil, 1973.

VASCONCELOS, Rita; VASCONCELOS, Maria Teresa. O debate público na construção e legitimação democrática das decisões judiciais: backlash e justiça midiática. **Revista de Processo**, v. 291, pp. 337-352, maio/2019

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS JUDICIAIS: DEVIDO PROCESSO E TUTELA JUDICIAL

Eduardo Tourinho Gomes

RESUMO

Este trabalho aborda a intrínseca relação entre direitos fundamentais e suas garantias judiciais no contexto do Estado Democrático de Direito. Analisando a evolução histórica, a jurisprudência relevante e os desafios atuais, busca-se compreender como o sistema judiciário tem sido eficaz na proteção e concretização desses direitos. A pesquisa também destaca a necessidade de constante reflexão e adaptação do sistema judicial para responder adequadamente às demandas contemporâneas e garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados e promovidos.

Palavra-chave: garantias judiciais; direitos fundamentais; efetividade; estado democrático de direito; jurisprudência.

RESUMEN

Este trabajo aborda la relación intrínseca entre los derechos fundamentales y sus garantías judiciales en el contexto del Estado Democrático de Derecho. Analizando la evolución histórica, la jurisprudencia relevante y los desafíos actuales, buscamos comprender cómo el sistema judicial ha sido eficaz en la protección y realización de estos derechos. La investigación también destaca la necesidad de una constante reflexión y adaptación del sistema judicial para responder adecuadamente a las demandas contemporáneas y garantizar que los derechos fundamentales sean efectivamente respetados y promovidos.

Palabras-clave: garantías judiciales; derechos fundamentales; eficacia. Estado Democrático de derecho. Jurisprudencia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição, além de ser um instrumento legal, reflete os valores, princípios e aspirações de uma sociedade. Entre as diversas questões abordadas pelas constituições nacionais, os direitos fundamentais emergem com uma importância sem paralelo. Eles são a espinha dorsal de qualquer regime democrático e simbolizam o pacto fundamental entre o Estado e seus cidadãos. Estes direitos são proteções vitais concedidas aos indivíduos, prevenindo possíveis excessos estatais e assegurando a concretização de valores humanos essenciais, como dignidade, liberdade e igualdade (RAATZ, 2019).

Paralelamente à relevância dos direitos fundamentais, encontramos as garantias judiciais que desempenham um papel central no Estado Democrático de Direito. Estas garantias funcionam como um mecanismo de controle e balanço, assegurando que os direitos e liberdades dos cidadãos sejam respeitados e protegidos contra eventuais infringências. A robustez de um sistema democrático pode ser avaliada, em grande medida, pela forma como respeita e protege esses direitos e garantias (DE OLIVEIRA, 2013; FREITAS, 2013).

A motivação deste estudo é examinar profundamente a interação entre os direitos fundamentais e as garantias judiciais no contexto contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Este exame incluirá a investigação de sua evolução, os desafios atuais e a primazia do devido processo legal e da tutela judicial. A escolha deste tema se fundamenta em sua ascendente presença em debates acadêmicos e discussões públicas. Na medida em que as sociedades modernas se tornam mais complexas, os conflitos envolvendo direitos e garantias se multiplicam. Essa complexidade demanda soluções justas e eficazes, em um cenário onde desafios como a digitalização, a globalização e mudanças socioeconômicas conduzem a uma reinterpretação dos direitos e garantias convencionais (RIBEIRO & MIRANDA, 2013). Assim, este trabalho visa enriquecer a compreensão e potencializar o debate em torno desses conceitos fundamentais, os quais sustentam as bases de nossa democracia.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constituem um dos pilares das democracias contemporâneas, e a sua concepção está intrinsecamente ligada à evolução das sociedades e suas aspirações de justiça, igualdade e liberdade. Os direitos fundamentais são, em essência, aqueles direitos inerentes à pessoa humana, indispensáveis à sua dignidade e indispensáveis para que ela possa viver em uma sociedade justa e livre (RAATZ, 2019).

Historicamente, a concepção de direitos fundamentais remonta às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, especialmente as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa. Durante esses movimentos revolucionários, houve uma demanda crescente por liberdades civis e políticas, marcando uma clara ruptura com sistemas monárquicos absolutistas e regimes despóticos. A Magna Carta de 1215 na Inglaterra é frequentemente citada como um dos primeiros documentos a reconhecer tais direitos, embora seu foco fosse mais limitado às liberdades baroniais do que aos direitos do homem comum.

No entanto, foi com a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e a subsequente Constituição Americana que os direitos fundamentais come-

çaram a ser codificados de maneira mais sistemática. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, advinda da Revolução Francesa em 1789, também estabeleceu muitos dos direitos e liberdades que consideramos fundamentais hoje (DE OLIVEIRA, 2013).

A concepção inicial de direitos fundamentais era, em grande parte, negativa, ou seja, buscava proteger os indivíduos de interferências estatais. Estes eram essencialmente direitos de liberdade e proteção contra ações arbitrárias do Estado. Contudo, com a evolução social e política, especialmente após as duas Grandes Guerras e a emergência de movimentos de bem-estar social, começou-se a reconhecer a necessidade de direitos fundamentais positivos. Estes são direitos que requerem ação estatal para sua realização, como o direito à educação, saúde e bem-estar social (FREITAS, 2013).

Ao longo do século XX, com a ascensão e consolidação dos Estados de bem-estar social e as consequências do reconhecimento global dos horrores do Holocausto, os direitos fundamentais passaram por uma nova expansão. Documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os pactos internacionais subsequentes ampliaram a compreensão desses direitos, incluindo direitos econômicos, sociais e culturais ao lado de direitos civis e políticos.

Além disso, a segunda metade do século XX e o início do século XXI viram uma crescente judicialização dos direitos fundamentais, com cortes e tribunais em todo o mundo desempenhando um papel ativo na interpretação e proteção desses direitos (RIBEIRO & MIRANDA, 2013). Esse processo tem sido acompanhado por debates sobre a extensão e os limites da intervenção judicial em questões que, muitas vezes, têm implicações políticas e sociais amplas.

Hoje, em um mundo globalizado e interconectado, os direitos fundamentais enfrentam novos desafios e oportunidades. Temas como a digitalização, migrações em massa, mudanças climáticas e a própria globalização têm conduzido a reinterpretções e adaptações dos direitos fundamentais, exigindo um equilíbrio entre tradição e inovação, bem como entre proteção individual e demandas coletivas (SARLET, 2021).

2.1 GARANTIAS JUDICIAIS E SUA RELEVÂNCIA NO SISTEMA JURÍDICO

No contexto do Estado Democrático de Direito, as garantias judiciais desempenham um papel essencial, pois elas funcionam como salvaguardas que asseguram a efetivação e proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Essas garantias são pilares que sustentam o sistema jurídico, proporcionando confiança e estabilidade àqueles que buscam justiça e resolução de conflitos.

Entender as garantias judiciais requer a compreensão de que o direito não é apenas um conjunto de normas estabelecidas pelo Estado, mas também um sis-

tema que precisa de mecanismos que garantam sua aplicação de maneira justa, íntegra e imparcial. Em outras palavras, não basta haver direitos inscritos em textos legais; é necessário que haja meios eficazes para a sua defesa e reivindicação (DE OLIVEIRA, 2013).

Um dos principais objetivos das garantias judiciais é assegurar que o processo legal seja respeitado. Isso significa que, em qualquer intervenção judicial, as partes envolvidas devem ter a oportunidade de serem ouvidas, de apresentar provas, de ter acesso a um julgamento justo e de recorrer a instâncias superiores, caso considerem a decisão injusta. Tais garantias são fundamentais para prevenir abusos de poder e proteger os cidadãos de decisões arbitrárias ou preconceituosas (FREITAS, 2013).

Além disso, as garantias judiciais têm um papel crucial na construção da confiança pública no sistema judiciário. A crença de que o sistema é justo e funciona adequadamente é vital para a manutenção da ordem social e a coesão da sociedade. Em situações onde as garantias judiciais são enfraquecidas ou negligenciadas, pode surgir uma sensação generalizada de impunidade, alimentando descontentamento e desconfiança nas instituições estatais (RIBEIRO & MIRANDA, 2013).

As garantias judiciais também têm relevância no contexto internacional, com diversos tratados e convenções estabelecendo padrões mínimos para o devido processo legal. Esses instrumentos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por exemplo, têm influenciado a evolução e fortalecimento das garantias judiciais em diversos países, promovendo uma uniformização das práticas e reforçando o compromisso global com a justiça e o Estado de Direito (PERLINGEIRO, 2015).

No entanto, é vital reconhecer que as garantias judiciais não são estáticas. Elas evoluem à medida que a sociedade muda, e novos desafios surgem. A era digital, por exemplo, trouxe questões sobre privacidade, acesso a dados e cybercrimes, exigindo uma adaptação e expansão das garantias tradicionais para contemplar essas novas realidades (SILVA, 2017).

As garantias judiciais são elementos fundamentais no sistema jurídico, desempenhando um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais, na promoção da confiança pública e na adaptação à evolução social e tecnológica. A sua relevância transcende as fronteiras nacionais, sendo reconhecida e promovida em um contexto global, onde a busca pela justiça e equidade é um ideal compartilhado.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é um dos pilares fundamentais dos sistemas democráticos, consagrado na Constituição de muitos países. No coração desse conceito, reside a ideia de que nenhum indivíduo pode ser privado de seus direitos fundamen-

tais, tais como a vida, a liberdade e a propriedade, sem que seja seguido um processo justo e previamente estabelecido. Esta noção de justiça processual é sustentada por vários princípios constitucionais, que coletivamente garantem a equidade e a justiça na administração do Direito (CALIXTO, 2016).

O primeiro e mais evidente princípio é o próprio conceito de devido processo legal. Este princípio assegura que todas as pessoas têm direito a um processo justo, imparcial e transparente antes de serem submetidas a qualquer tipo de sanção ou penalidade. Isto implica em garantias processuais como o direito de ser ouvido, o direito de defesa, e o direito a um julgamento imparcial por um tribunal independente e competente (PERLINGEIRO, 2015).

Em conexão com o devido processo legal, o princípio da publicidade sustenta que os atos processuais devem ser públicos, garantindo a transparência do processo e permitindo que a sociedade fiscalize e controle a atuação do Poder Judiciário. Esta publicidade pode ser restringida em casos específicos para preservar a dignidade das partes ou quando o interesse público exigir confidencialidade (FELICIANO, 2014).

Outro princípio intrinsecamente ligado é o da isonomia ou igualdade perante a lei. Este postulado afirma que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção. No contexto do devido processo legal, isso significa que todas as partes em um processo judicial devem ser tratadas de maneira igualitária, recebendo as mesmas oportunidades e direitos (FERNANDES & GARCIA, 2016).

O contraditório e ampla defesa é outro princípio fundamental. Ele garante que as partes envolvidas em um processo tenham a oportunidade de apresentar seus argumentos, evidências e defesa contra as alegações feitas por outra parte. Esse princípio fortalece a justiça do processo, garantindo que ambas as partes tenham voz ativa e possam contestar e refutar as alegações adversas (RIBEIRO & MIRANDA, 2016).

O princípio da celeridade processual reconhece que a justiça não deve ser retardada indevidamente. Os processos devem ser conduzidos de maneira eficiente, evitando atrasos desnecessários que possam prejudicar os direitos das partes envolvidas. Este princípio está em equilíbrio com a necessidade de um processo completo e justo, garantindo que, enquanto a justiça é buscada, ela também é feita de forma tempestiva (CABRAL, 2013).

Finalmente, o princípio da fundamentação das decisões estabelece que toda decisão judicial deve ser fundamentada, ou seja, o magistrado deve explicitar os motivos que o levaram a decidir de determinada maneira. Esta prática garante a transparência e permite que as partes compreendam a lógica por trás da decisão, bem como fornece a base para possíveis recursos (REICHEL, 2018).

Os princípios constitucionais do devido processo legal formam a espinha dorsal do sistema jurídico, garantindo que a justiça seja administrada de forma equitativa, transparente e eficaz. Estes princípios coletivamente asseguram que os direitos indi-

viduais sejam protegidos, ao mesmo tempo que mantêm a integridade e a confiança no sistema judicial.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONCEITO E APLICAÇÕES

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é uma noção jurídica essencial que tem suas raízes profundas na história legal e filosófica. Servindo como um escudo contra a arbitrariedade e como garantia de justiça e equidade no tratamento legal, a ideia do devido processo legal atravessou séculos, adaptando-se e evoluindo conforme as necessidades das sociedades ao longo do tempo.

O conceito do devido processo legal tem origens em antigas tradições jurídicas. Uma de suas primeiras aparições pode ser rastreada até a Magna Carta de 1215 na Inglaterra. Este documento histórico, assinado pelo Rei João, continha uma disposição, frequentemente citada, que declarava que nenhum homem livre poderia ser aprisionado ou exilado exceto pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra. Embora a linguagem fosse diferente da que usamos hoje, o princípio subjacente era semelhante: uma pessoa tem o direito de ser julgada de acordo com procedimentos estabelecidos e justos, e não de forma arbitrária (PERLINGEIRO, 2015).

A evolução do conceito continuou na Inglaterra através das jurisprudências e dos desenvolvimentos legislativos. O Habeas Corpus Act de 1679, por exemplo, consolidou o direito de um indivíduo a um julgamento rápido e a proteção contra detenções injustas.

Nos Estados Unidos, a ideia do devido processo legal foi incorporada na Constituição através da Quinta e da Décima Quarta Emendas. A Quinta Emenda, ratificada em 1791, estipula que nenhuma pessoa “será privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. A Décima Quarta Emenda, ratificada em 1868, estendeu essa garantia para incluir proteção contra a privação de direitos por parte dos estados. A formulação e a inclusão destas emendas marcaram o reconhecimento explícito da importância fundamental do devido processo legal no sistema constitucional dos EUA (CALIXTO, 2016).

No Brasil, o devido processo legal é garantido pela Constituição Federal de 1988, especificamente no Artigo 5º, que assegura a todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, proclamando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este reconhecimento consolida a importância do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro, refletindo compromissos democráticos e os valores de um Estado de Direito (RIBEIRO & MIRANDA, 2016).

Ao longo dos anos, o conceito de devido processo legal expandiu-se além de um mero procedimento a ser seguido. Passou a incorporar aspectos substanciais, significando que as leis em si devem ser justas e razoáveis. Esta dualidade - procedimental e substancial - do devido processo legal tem sido objeto de discussões jurídicas e filosóficas, com o conceito sendo usado para proteger os direitos individuais contra ações governamentais arbitrárias ou legislações injustas (FELICIANO, 2014).

O devido processo legal é um princípio jurídico de imensa importância, com uma rica tapeçaria histórica que remonta a séculos. Através das eras, adaptou-se e evoluiu, refletindo as necessidades e os valores das sociedades, garantindo que os direitos individuais sejam protegidos contra a arbitrariedade e garantindo a justiça no tratamento legal.

3.2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS DO DEVIDO PROCESSO

O devido processo legal, em sua manifestação mais ampla e profunda, desdobra-se em uma complexa teia que engloba tanto os procedimentos formais quanto o conteúdo substancial das leis. Esse dualismo entre os procedimentos e a substância é fundamental para entender a natureza multifacetada do devido processo.

Ao se referir aos aspectos procedimentais do devido processo legal, falamos sobre o conjunto de etapas e formalidades que asseguram que os indivíduos envolvidos em um processo judicial ou administrativo sejam tratados com justiça e equidade. Dessa forma, é imperativo que antes de qualquer ação adversa ser tomada contra um indivíduo, ele seja devidamente notificado, garantindo seu direito de ter conhecimento e a oportunidade de se defender (CALIXTO, 2016). Além disso, é essencial que todo indivíduo tenha o direito de ser ouvido, permitindo-lhe apresentar evidências, argumentos e uma defesa adequada em qualquer contexto adversarial (RAATZ, 2019). Esta noção também abrange o direito de ser representado, particularmente no sistema judicial, onde a complexidade dos procedimentos muitas vezes exige expertise especializada. A pedra angular destes procedimentos é, sem dúvida, a garantia de um julgamento justo e imparcial, onde as decisões são tomadas por autoridades livres de qualquer viés ou preconceito, assegurando assim a justiça do processo (FREITAS, 2013).

Por outro lado, os aspectos substanciais do devido processo legal mergulham na própria essência das leis e decisões. Eles não apenas observam como as leis são aplicadas, mas questionam a justiça e a razoabilidade das próprias leis. Assim, é crucial que as leis e regulamentos não sejam apenas cumpridos à risca, mas que também sejam intrinsecamente justos e razoáveis. Eles não podem ser arbitrários ou injustos em seu conteúdo e devem servir a um propósito legítimo do Estado, sendo proporcionais ao objetivo pretendido (PERLINGEIRO, 2015). Além disso, uma lei, por

mais justa que possa parecer em sua redação, pode ser considerada inútil se não fornecer aos indivíduos o acesso adequado à justiça para reivindicar seus direitos sob ela (SILVA, 2017). Portanto, a clareza das leis, evitando ambiguidades que possam dar margem a interpretações arbitrárias, é um pilar deste aspecto substancial do devido processo (JÚNIOR, 2020).

O devido processo legal, com suas nuances procedimentais e substanciais, serve como um robusto escudo protetor, salvaguardando os direitos e liberdades dos indivíduos contra qualquer forma de arbitrariedade e injustiça no sistema legal.

1.3 JURISPRUDÊNCIA E CASOS EMBLEMÁTICOS ENVOLVENDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A jurisprudência tem desempenhado um papel central na interpretação e aplicação do princípio do devido processo legal, moldando sua evolução e delineando seu escopo através de decisões judiciais ao longo do tempo. As cortes, ao examinarem casos individuais, estabelecem precedentes que podem expandir ou restringir a compreensão desse princípio, solidificando sua relevância no contexto jurídico.

A jurisprudencialização do direito, ou seja, o papel central das decisões judiciais na definição e aplicação dos princípios legais, tem sido observada com crescente interesse e, em alguns casos, com preocupação (RIBEIRO & MIRANDA, 2013). Há um argumento válido de que a excessiva dependência da jurisprudência para definir conceitos jurídicos pode levar a uma judicialização excessiva da política e da vida social, potencialmente minando outros mecanismos democráticos.

No contexto do devido processo legal, vários casos emblemáticos surgiram ao longo dos anos que ajudaram a esclarecer sua aplicação e limites. Enquanto cada sistema jurídico terá seus próprios casos emblemáticos, podemos identificar alguns temas recorrentes nas discussões judiciais sobre o devido processo.

Um desses temas centra-se na questão da detenção e dos direitos do detido. Em várias jurisdições, as cortes têm se debruçado sobre a questão da detenção sem julgamento, especialmente em contextos de segurança nacional. O equilíbrio entre os direitos individuais e as necessidades de segurança tem sido uma fonte constante de tensão, com as cortes frequentemente sendo chamadas a decidir sobre a legalidade e a adequação da detenção prolongada sem julgamento.

Outro tema recorrente na jurisprudência relacionada ao devido processo legal diz respeito ao direito a um julgamento justo e à apresentação de provas. Questões sobre a admissibilidade de provas, especialmente em casos onde a evidência pode ter sido obtida ilegalmente, têm sido fonte de controvérsias judiciais.

Além disso, o direito à representação legal e à assistência jurídica em processos judiciais também tem sido objeto de escrutínio judicial. As cortes têm reafirmado

consistentemente a importância de garantir que os acusados tenham acesso adequado à representação legal, especialmente em casos que podem resultar em penalidades severas.

Estes são apenas alguns exemplos de como a jurisprudência tem moldado a interpretação e aplicação do devido processo legal. Casos emblemáticos, em várias jurisdições, têm servido para reforçar a centralidade deste princípio, ao mesmo tempo que destacam os desafios inerentes à sua realização plena em um mundo complexo e em constante mudança.

4 TUTELA JUDICIAL: EFETIVIDADE E DESAFIOS

4.1 CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA JUDICIAL

A tutela judicial é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário protege e assegura os direitos e interesses das partes em um processo, conferindo efetividade às normas jurídicas e materializando os direitos previstos na legislação. A busca pela proteção efetiva dos direitos e a concretização da justiça é o pilar fundamental da tutela judicial. Através dela, assegura-se que os indivíduos possam recorrer ao sistema judiciário para proteger seus direitos e interesses quando estes forem ameaçados ou violados.

Diversas são as características da tutela judicial, que a diferenciam de outras formas de solução de conflitos. Uma das principais é a sua natureza coercitiva. Ao contrário da mediação ou da arbitragem, por exemplo, onde as decisões são baseadas no consenso das partes, a decisão judicial tem caráter impositivo, sendo passível de execução forçada caso não seja cumprida espontaneamente. Esta natureza coercitiva visa assegurar que as decisões judiciais sejam respeitadas e cumpridas, garantindo a efetividade do direito (SILVA, 2017).

Outra característica importante da tutela judicial é a sua publicidade. Os processos judiciais, salvo exceções expressamente previstas em lei, são públicos, o que significa que qualquer pessoa pode ter acesso aos autos e acompanhar o andamento do processo. Esta publicidade visa garantir a transparência e o controle social das decisões judiciais, reforçando a confiança no sistema de justiça (ANSELMINI & DOS SANTOS, 2019).

A imparcialidade é também uma característica intrínseca à tutela judicial. O juiz, ao proferir sua decisão, deve fazê-lo com base na lei e nas provas apresentadas pelas partes, sem qualquer tipo de preconceito ou inclinação pessoal. Esta imparcialidade é essencial para que as partes confiem no sistema judiciário e acreditem que receberão um julgamento justo (FELICIANO, 2014).

A adaptabilidade é outro traço característico da tutela judicial. O Poder Judiciário, ao longo do tempo, tem mostrado sua capacidade de se adaptar a novas realidades e desafios, buscando sempre aprimorar seus mecanismos de atuação para garantir a efetividade da justiça. Isso inclui a adoção de novas tecnologias, a criação de varas especializadas e a implementação de métodos alternativos de solução de conflitos (CABRAL, 2013).

A tutela judicial é o mecanismo pelo qual o Poder Judiciário protege e assegura os direitos e interesses das partes, caracterizando-se pela sua natureza coercitiva, publicidade, imparcialidade e adaptabilidade. Através dela, busca-se garantir a concretização da justiça e a efetividade dos direitos, fazendo com que as normas jurídicas não sejam meras declarações de intenções, mas sim instrumentos efetivos de proteção dos direitos.

4.2 A BUSCA PELA EFETIVIDADE E A RAPIDEZ PROCESSUAL

A busca pela efetividade e a rapidez processual tornou-se um desafio central nos sistemas judiciários modernos. À medida que as sociedades evoluem e se complexificam, cresce também a demanda por justiça rápida e eficaz, tornando imperativa a necessidade de tornar o processo judicial mais ágil e eficiente (CABRAL, 2013).

A efetividade do processo é intrinsecamente ligada à sua capacidade de produzir resultados justos e adequados em tempo hábil. A lentidão na entrega da prestação jurisdicional, além de ser fonte de descontentamento para as partes envolvidas, pode, em muitos casos, comprometer a própria utilidade da decisão, tornando-a inócua ou prejudicando irremediavelmente a parte que tinha direito (SILVA, 2017).

A rapidez processual, por sua vez, não se refere meramente à celeridade. Buscar somente a rapidez pode levar a julgamentos precipitados e à falta de devida consideração das particularidades de cada caso. A rapidez deve ser compreendida como a entrega tempestiva da prestação jurisdicional, sem sacrificar a qualidade e a justiça da decisão (PERLINGEIRO, 2015).

Entretanto, os desafios contemporâneos para a efetividade e rapidez processual são numerosos. O volume crescente de demandas, muitas vezes potencializado por litígios repetitivos e ações em massa, sobrecarrega o Poder Judiciário, que nem sempre dispõe de recursos materiais e humanos suficientes para dar conta dessa demanda (FELICIANO, 2014). Além disso, a complexidade de muitos litígios atuais, que envolvem questões técnicas ou multidisciplinares, pode prolongar o tempo de tramitação do processo.

Diante destes desafios, diversas propostas de solução têm sido aventadas e implementadas. A adoção de sistemas eletrônicos de processo, por exemplo, tem se mostrado uma ferramenta eficaz para reduzir a burocracia e agilizar a tramitação das

ações (ANSELMINI & DOS SANTOS, 2019). Outra proposta é a criação de varas e tribunais especializados, capazes de julgar com maior rapidez e eficiência determinadas categorias de litígios.

A mediação e a arbitragem, como métodos alternativos de solução de conflitos, também ganham destaque como formas de desafogar o Poder Judiciário e proporcionar uma resolução mais célere dos conflitos (CABRAL, 2013). Por fim, a formação contínua de magistrados e servidores, bem como a adoção de boas práticas de gestão, são essenciais para otimizar os recursos disponíveis e tornar o processo mais efetivo.

A busca pela efetividade e rapidez processual é uma demanda constante e essencial para a legitimidade e confiança no sistema judiciário. Apesar dos desafios, a adoção de medidas inovadoras e o investimento contínuo em melhorias podem conduzir a um Poder Judiciário mais ágil, eficiente e, acima de tudo, justo.

5 RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS JUDICIAIS

5.1 A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITOS E GARANTIAS

A relação entre direitos fundamentais e garantias judiciais não é apenas estreita, mas essencialmente interdependente, formando os pilares sobre os quais se assenta um sistema democrático de justiça. Ao entender essa relação, percebe-se que os direitos, em si, não são meras proclamações normativas, mas compromissos efetivos que o Estado tem o dever de resguardar e promover (RAATZ, 2019).

Os direitos fundamentais, conforme concebidos pelas modernas constituições, delineiam o conjunto de prerrogativas e liberdades básicas que são inerentes a todo ser humano pelo simples fato de sua humanidade. Tais direitos são a expressão máxima de valores sociais, políticos e éticos que uma sociedade considera indispensáveis para a dignidade humana (DE OLIVEIRA, 2013). No entanto, por mais nobres e essenciais que sejam esses direitos, sua efetivação e proteção no mundo real exigem mecanismos que garantam sua concretização.

É nesse cenário que as garantias judiciais surgem como instrumentos indispensáveis. Enquanto os direitos fundamentais estabelecem o que é devido ao cidadão, as garantias judiciais determinam como esses direitos serão assegurados e protegidos na prática (FREITAS, 2013). Em outras palavras, se os direitos fundamentais são as metas a serem alcançadas, as garantias judiciais são os meios pelos quais essas metas são realizadas.

Por exemplo, o direito à vida é um direito fundamental reconhecido universalmente. No entanto, sem garantias judiciais, como o direito a um julgamento justo, o

acesso à justiça e a proteção contra a detenção arbitrária, esse direito poderia ser facilmente violado. Portanto, as garantias judiciais funcionam como salvaguardas que protegem os direitos fundamentais contra ações arbitrárias, seja por indivíduos, entidades ou pelo próprio Estado (RIBEIRO & MIRANDA, 2016).

Essa interdependência entre direitos e garantias é tão fundamental que um não pode existir de forma significativa sem o outro. Direitos sem garantias são vulneráveis e, muitas vezes, ilusórios, enquanto garantias sem direitos claros e definidos são sem direção e propósito (SILVA, 2017).

A interdependência entre direitos fundamentais e garantias judiciais é um reflexo da compreensão de que a verdadeira liberdade e dignidade humanas requerem não apenas o reconhecimento de direitos básicos, mas também a existência de mecanismos robustos e eficazes que assegurem a realização e proteção desses direitos no cotidiano das pessoas.

5.2 O PAPEL DAS CORTES E TRIBUNAIS NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As cortes e tribunais desempenham um papel central na defesa dos direitos fundamentais, servindo como guardiões da Constituição e, consequentemente, dos direitos e liberdades que ela protege. Em uma democracia, é através do sistema judiciário que os cidadãos buscam reparação e proteção contra violações de seus direitos (RAATZ, 2019). Ao interpretar e aplicar a lei, as cortes e tribunais não apenas resolvem disputas individuais, mas também dão forma e substância aos direitos fundamentais, estabelecendo precedentes e diretrizes para sua aplicação futura (DE OLIVEIRA, 2013).

Historicamente, as cortes têm sido vistas como o último baluarte contra abusos do poder executivo e legislativo. Em muitos casos, quando os demais poderes do Estado falharam em proteger os direitos dos cidadãos, foi o judiciário que interveio para corrigir injustiças. Por exemplo, através do controle de constitucionalidade, os tribunais têm a capacidade de invalidar leis que sejam contrárias aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição (FREITAS, 2013).

No entanto, a eficácia das cortes e tribunais na proteção dos direitos fundamentais não se limita apenas à sua capacidade de revisão judicial. Sua capacidade de promover a justiça e defender os direitos fundamentais também depende de sua independência, integridade e da confiança do público em suas decisões (RIBEIRO & MIRANDA, 2016). Uma corte que é vista como partidária ou influenciada por interesses externos corre o risco de perder sua legitimidade aos olhos do público.

Quanto à jurisprudência e entendimentos atuais sobre a matéria, observa-se uma crescente conscientização da importância dos direitos fundamentais em diversas

jurisdições. As decisões judiciais têm refletido um compromisso renovado com a proteção desses direitos, e muitas vezes fazem uso extensivo de princípios e normas internacionais de direitos humanos para interpretar e aplicar leis nacionais (SILVA, 2017). Além disso, em muitos sistemas jurídicos, a jurisprudência tem evoluído no sentido de reconhecer direitos emergentes e expandir a proteção de direitos existentes, em resposta às mudanças sociais e aos desafios contemporâneos (CALIXTO, 2016).

Um exemplo notável dessa evolução pode ser visto nas decisões relacionadas à privacidade digital, liberdade de expressão na era da internet e direitos das minorias. À medida que a sociedade muda e novos desafios surgem, a jurisprudência se adapta, refletindo uma compreensão dinâmica e progressiva dos direitos fundamentais (FERNANDES & GARCIA, 2016).

Enquanto as cortes e tribunais continuam a desempenhar seu papel tradicional como guardiões dos direitos fundamentais, a natureza e o alcance desses direitos estão em constante evolução, moldados tanto pelos desafios contemporâneos quanto pelos princípios eternos de justiça e igualdade.

6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS JUDICIAIS

O acesso à justiça é um pilar essencial do Estado Democrático de Direito, funcionando como uma porta de entrada para a realização e proteção dos direitos fundamentais. No entanto, a efetividade da tutela judicial vai além do simples acesso, envolvendo a qualidade e a tempestividade da resposta jurisdicional (CABRAL, 2013). Muitos cidadãos enfrentam obstáculos significativos em suas tentativas de buscar reparação e justiça, seja devido a procedimentos judiciais complexos, custos proibitivos ou atrasos significativos no processamento dos casos (SILVA, 2017).

Os desafios práticos associados ao acesso à justiça e à efetividade da tutela judicial são multifacetados. Longos atrasos no julgamento de casos, muitas vezes resultantes de sistemas judiciais sobrecarregados, são uma preocupação crônica em várias jurisdições (CABRAL, 2013). Esses atrasos não apenas negam justiça às partes envolvidas, mas também corroem a confiança do público no sistema judiciário. A falta de recursos e infraestrutura adequados, assim como a necessidade de modernização e capacitação, são fatores frequentemente citados como contribuintes para esses desafios (PERLINGEIRO, 2015).

As propostas de reformas geralmente focam em tornar o sistema judiciário mais eficiente, transparente e acessível. Isso pode envolver a adoção de tecnologias modernas para gerenciamento de casos, capacitação de magistrados e outros profissionais do direito, bem como a introdução de métodos alternativos de resolução de disputas, como mediação e arbitragem (CALIXTO, 2016). Também pode haver uma

revisão das leis processuais para torná-las mais simples e menos propensas a atrasos desnecessários.

O Poder Judiciário desempenha um papel vital na consolidação dos direitos fundamentais. Enquanto o Poder Legislativo estabelece a lei e o Poder Executivo a implementa, é o Poder Judiciário que interpreta, aplica e, em última instância, assegura que os direitos fundamentais sejam respeitados (RIBEIRO & MIRANDA, 2016). Através de suas decisões, os tribunais não apenas resolvem controvérsias individuais, mas também moldam o entendimento e a aplicação dos direitos fundamentais em casos futuros.

Além disso, o judiciário tem a capacidade de servir como um contrapeso aos excessos ou abusos de outros ramos do governo. Ao julgar a constitucionalidade das leis e ações do executivo, as cortes garantem que os limites constitucionais ao poder do Estado sejam respeitados e que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam protegidos (FELICIANO, 2014).

Enquanto a efetividade das garantias judiciais continua sendo um desafio em muitas jurisdições, o Poder Judiciário permanece sendo um ator central na proteção e promoção dos direitos fundamentais. É imperativo que esforços contínuos sejam feitos para fortalecer a independência, integridade e eficácia do sistema judiciário, a fim de garantir que ele possa desempenhar plenamente seu papel como guardião dos direitos fundamentais.

7 CONCLUSÃO

A questão dos direitos fundamentais e suas garantias judiciais está profundamente enraizada na tessitura do Estado Democrático de Direito. Estes direitos não são apenas preceitos teóricos inscritos em textos legais, mas refletem as aspirações e valores fundamentais da sociedade. Têm como principal função assegurar a dignidade da pessoa humana, servindo como parâmetros de justiça, igualdade e liberdade.

O sistema judiciário, por sua vez, funciona como um baluarte na proteção desses direitos. Por meio da jurisprudência e da aplicação da lei, busca-se garantir que os direitos fundamentais sejam não apenas reconhecidos, mas efetivamente respeitados e concretizados. Contudo, essa missão, por mais nobre que seja, enfrenta desafios significativos na realidade prática. A morosidade processual, a falta de acesso à justiça para todos e a necessidade de modernização do aparato judiciário são questões que ainda demandam atenção e esforço coletivo.

No entanto, é importante ressaltar que, apesar dos desafios, também há avanços e conquistas. As discussões contemporâneas sobre a matéria, as propostas de reformas e a crescente conscientização sobre a importância dos direitos fundamentais demonstram um comprometimento da sociedade e do Estado em aprimorar continuamente o sistema de garantias judiciais.

Além disso, é inegável o papel transformador que a relação entre direitos fundamentais e garantias judiciais tem na sociedade. A possibilidade de recorrer ao judiciário para buscar a proteção de um direito fundamental é um instrumento poderoso nas mãos dos cidadãos. Torna-se, assim, um mecanismo de equilíbrio e controle social, assegurando que os poderes estatais atuem dentro dos limites estabelecidos pela lei e pela Constituição.

Por fim, é fundamental reconhecer que os direitos fundamentais e suas garantias judiciais não são estáticos. Eles evoluem e se adaptam conforme as necessidades e contextos sociais. Assim, é essencial que haja uma reflexão constante, um diálogo aberto entre as diversas esferas da sociedade e uma disposição para adaptar e melhorar o sistema, garantindo que os direitos fundamentais sejam sempre uma realidade viva e efetiva para todos.

REFERÊNCIAS

RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais. In: **Revista de processo**. 2019. p. 21-52.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, p. 57-74, 2013.

FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como garantia dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Lex Humana (ISSN 2175-0947)**, v. 5, n. 1, p. 57-77, 2013.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. A jurisprudencialização do direito como violação às garantias fundamentais. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 16, n. 32, p. 42-42, 2013.

SILVA, Jaqueline Mielke. Os novos mecanismos de efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva efetiva e tempestiva previstos no NCPC (Lei 13.105/15). **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 1, p. 6-28, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. **ESTUDOS SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, p. 73, 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar?(Administrative Due Process of Law and Effective Judicial Protection: A New Perspective?). In: **Revista de Processo, São Paulo**. 2015. p. 293-331.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Processo Civil, direitos fundamentais processuais e desenvolvimento: flexos e reflexos de uma relação**. Editora Thoth, 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tutela Processual De Direitos Humanos Fundamentais: inflexões No” Due Process of Law”**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa (Portugal).

ANSELMINI, Priscila; DOS SANTOS, Paulo Júnior Trindade. A Tutela Jurisdicional como instrumento de concretização da democracia: a evolução do Estado Social ao Estado Democrático de Direito. **Juris Poiesis-Qualis B1**, v. 22, n. 30, p. 140-167, 2019.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O devido processo legal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 11, n. 2, p. 233-262, 2016.

FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart; GARCIA, Denise SS. Normas Fundamentais do Processo Civil: A Sintonia da Constituição Federal e O Novo Código de Processo Civil na Garantia e Defesa dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 2, n. 1, p. 98-116, 2016.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; MIRANDA, Isabella Carolina. O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. **Revista de Direito Brasileira**, v. 14, n. 6, p. 139-157, 2016.

REICHELT, Luis Alberto. Considerações a respeito da fundamentalidade do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: Uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais processuais. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 19, n. 3, 2018.

SARLET, INGO WOLFGANG. 18. Algumas notas sobre a relação entre os Direitos Fundamentais e o Processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde¹. **Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual: Homenagem: 50 Anos de Docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner**, 2021.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO GARANTIA DA JUSTIÇA DA DECISÃO JUDICIAL: POR UMA TUTELA JURISDICCIONAL SENSÍVEL À VERDADE DOS FATOS

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA COMO GARANTÍA DE LA JUSTICIA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: POR UNA TUTELA JURISDICCIONAL SENSIBLE A LA VERDAD DE LOS HECHOS

Rodrigo Doval Rosa Lopes¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 DEVIDO PROCESSO E PROVA: A VERDADE IMPORTA – 3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA SOB A CONCEPÇÃO RACIONALISTA (E VICE-VERSA): CONTEÚDO MÍNIMO E EXIGÊNCIA DE UM MODELO OBJETIVISTA – 3.1 DIREITO À UTILIZAÇÃO DE TODA PROVA RELEVANTE DISPONÍVEL – 3.2 DIREITO À PRODUÇÃO DA PROVA – 3.3 DIREITO À VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA – 3.3.1 A LIVRE VALORAÇÃO DA PROVA: SUBJETIVISMO E OBJETIVISMO – 3.3.2 O RACIOCÍNIO PROBATÓRIO EM UM CONTEXTO DE INCERTEZA – 3.4 DIREITO À MOTIVAÇÃO DA DECISÃO SOBRE FATOS 3.4 IMPRICAÇÕES ENTRE O DIREITO À PROVA

RESUMO

O presente artigo investiga o conteúdo e alcance do direito fundamental à prova no Estado de Direito e seus desdobramentos no âmbito do processo civil. A fundamentalidade material do direito à prova é, assim, analisada como decorrência da exigência de uma correta apuração dos fatos para a justiça da decisão. A partir dos pressupostos básicos da concepção racionalista da prova, o direito à prova é examinado em seus quatro elementos constitutivos: direito à admissão da prova relevante; direito à produção em contraditório da prova admitida; direito à valoração racional da prova produzida; direito a uma decisão justificada sobre os fatos. Demonstra-se, assim, como o direito fundamental à prova, sob a perspectiva racionalista, é de suma importância para a configuração de um procedimento probatório epistemicamente adequado e orientado à descoberta da verdade e, portanto, à tutela justa e efetiva dos direitos.

Palavras-chave: direito fundamental à prova; direito probatório; raciocínio probatório; apuração dos fatos; valoração da prova; tutela de direitos.

1 Mestrando (PUCRS), especialista em direito processual civil (PUCRS), advogado, rodrigodovalrlopes@hotmail.com

RESUMEN

Este artículo investiga el contenido y alcance del derecho fundamental a la prueba en el Estado de Derecho y sus implicaciones en el contexto del proceso civil. La fundamentalidad material del derecho a la prueba se analiza, pues, como consecuencia de la exigencia de una correcta investigación de los hechos para la justicia de la decisión. A partir de los supuestos básicos de la concepción racionalista de la prueba, se examina el derecho a la prueba en sus cuatro elementos constitutivos: derecho a la admisión de la prueba pertinente; derecho a la producción en contradictorio de la prueba admitida; derecho a la valoración racional de las pruebas producidas; derecho a una decisión justificada sobre los hechos. Se demuestra, pues, cómo el derecho fundamental a la prueba, desde una perspectiva racionalista, es de suma importancia para la configuración de un procedimiento probatorio epistémicamente adecuado y orientado a la descubierta de la verdad y, por ello, a la tutela justa y efectiva de derechos.

Palabras-clave: derecho fundamental a la prueba; derecho probatório; razonamiento probatório; investigación de los hechos; valoración de la prueba; tutela de derechos.

1 INTRODUÇÃO

No marco do Estado Democrático de Direito, não se pode pensar em processo civil sem ter em vista a Constituição. É a partir dela e dos direitos fundamentais que o processo civil deve ser estruturado, bem como devem ser interpretadas as normas processuais infraconstitucionais. Além de competir ao processo a observância e promoção de direitos e garantias fundamentais de modo geral, a Constituição impõe, também, uma série de direitos fundamentais e de garantias judiciais de índole eminentemente processual, a partir dos quais estrutura-se o chamado *devido processo* ou *processo justo*.

Dentre os direitos fundamentais de caráter processual constitucionalmente assegurados que compõem o devido processo está o direito à prova. Sua fundamentalidade formal pode ser verificada na positivação dos incisos LV e LVI da Constituição Federal (Brasil, 1988). Destaque-se, também, que o CPC/15 (Brasil, 2015) densificou o direito fundamental à prova ao abrir o capítulo sobre as provas afirmando 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” (art. 369).

Entretanto, para além de sua fundamentalidade formal, o objetivo do presente artigo é compreender o conteúdo e alcance do direito fundamental à prova sob a perspectiva de sua fundamentalidade material e, especialmente, seus desdobramentos no processo civil e, ainda mais especificamente, na atividade e raciocínio probatórios nele desenvolvidos.

Para tanto, serão analisados, em um primeiro momento, os fundamentos teóricos - jurídicos e epistêmicos - que subjazem à concepção racional da prova e sua relação com a verdade, de modo a entender sua importância como elemento inarredável do devido processo constitucional e indispensável à justiça da decisão. Em um segundo momento o conteúdo do direito fundamental à prova será decomposto, sem pretensões de esgotamento do tema, em seus quatro principais elementos, com a análise do conteúdo mínimo de cada um deles e seus reflexos na conformação de um procedimento probatório adequado.

2 DEVIDO PROCESSO E PROVA: A VERDADE IMPORTA

A relação entre processo civil e Constituição é umbilical, pois é a partir dela que se conformam os institutos de direito processual e é ela o fundamento, tanto formal quanto material, da validade de todas as normas processuais (Zaneti, 2021, p. 25-26). Assim, a garantia do devido processo “visa a assegurar que sejam, justamente, respeitadas as garantias que a Constituição oferece ao cidadão, inclusive, com todas suas projeções de índole infraconstitucional” (Porto, 2016, p. 106).

Todo o feixe de direitos e garantias que compõem o devido processo constitucional - que devem ser observados, praticados e promovidos no processo e pelo processo - vêm, portanto, a fornecer o arcabouço mínimo sobre o qual o processo civil deverá ser estruturado e ordenado de modo a garantir um processo justo e adequado para a efetiva tutela dos direitos. A partir disso, pautando-se o devido processo por direitos e garantias constitucionais como acesso à justiça, isonomia, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões *etc.*, a tônica acaba sendo, não raro, posta sobre a ideia de garantia de uma justiça procedimental; é dizer, de um processo formalmente justo, com o que o direito fundamental à prova, embora formalmente positivado, acaba obnubilado e deixa de ser analisado em toda sua potencialidade e relevância para o sistema de justiça.

Entretanto, a “Constituição defende não só uma justiça processual, uma justiça objetiva, formal e procedimentalmente justa, mas também a justiça material, uma justiça subjetiva, substancialmente justa” (Zaneti, 2021, p. 28). A concepção de um processo justo não se esgota na mera prática de garantias processuais fundamentais nem na ideia de que o processo “é justo se e desde que seja correto o procedimento em que se articula”, sendo irrelevante a qualidade intrínseca da decisão (Taruffo, 2012, p. 141).

Isso porque o processo não tem o mero escopo de cumprir um rito social para pôr fim à controvérsia, independentemente da qualidade da decisão que a resolve. Para além de ser necessário um procedimento formalmente justo, em um Estado de Direito “a jurisdição tem como fim a apuração e a atuação do direito”, sendo condição

necessária para correção da decisão “que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa”, pois “evidente que um sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se foram verdadeiros os fatos de que depende em concreto a existência daquele direito” (Taruffo, 2012, p. 138-140). Em suma, “o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para decisão” (Taruffo, 2012, p. 143).

E, sendo a verdade indispensável à tutela justa e efetiva dos direitos, o processo deve ser articulado e orientado de modo a garantir sua correta apuração; até porque o direito à efetividade da tutela jurisdicional envolve a configuração de técnicas processuais idôneas e adequadas (Marinoni, 2020, p. 100). Em outras palavras, o processo deve estar equipado para levar, dentro do possível, a verdade para dentro dele (De Paula Ramos, 2013, p. 43).

Isso, obviamente, é feito por meio da prova, do que já fulgura a fundamentalidade material do direito à prova. Impende, contudo, antes de tratar de seu conteúdo, alcance e desdobramentos processuais, examinar, mesmo que brevemente, qual o conceito epistemicamente adequado de verdade para o processo e a relação que a prova guarda para com uma tal verdade.

2.1 VERDADE E PROVA

O objetivo institucional do processo é busca da verdade, pois, como já visto, “somente se o processo judicial cumpre com sua função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários” e a prova tem, justamente, “a função de comprovar a produção dos fatos condicionantes aos quais o direito vincula consequências jurídicas” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 50-53).

Assim, a necessidade de que a verdade seja apurada no processo pressupõe a adoção de um conceito de verdade por correspondência e de um modelo epistêmico cognoscitivista. É dizer, pressupõe-se a existência de um mundo real, uma realidade objetiva, externa e independente do sujeito, bem como que essa verdade pode, mesmo que apenas de forma imperfeita e aproximativa, ser conhecida (Gascón Abellan, 2010, p. 49-51). Assim, o processo tem por finalidade a apuração da verdade no sentido de correspondência com os fatos, de modo que a resolução de conflitos deve ter em conta os fatos tal qual tenham sucedido (Gascón Abellan, 2010, p. 110).

E, se a verdade é objetiva e cognoscível, é a prova o instrumento para o seu conhecimento através de uma atividade encaminhada para apuração dos fatos (Accatino, 2019). É, pois, a partir da prova que o mundo externo adentra no processo. Esta é a chave para a compreensão da concepção racionalista da prova e, conseqüentemente, da importância do direito fundamental à prova no processo civil.

A tempo: não se trata aqui de um realismo ingênuo, podendo-se, isso sim, falar em um “objetivismo crítico [...] que não caia em uma desilusão radical quanto à possibilidade de apreender os dados (suficientemente) objetivos da realidade”, com a análise sobre “em que medida esses [fatos] são independentes e em que medida são construções do observador, bem como em quais casos podemos conhecê-los com objetividade” (González Lagier, 2022, p. 42).

Continuando: sendo a prova instrumento para o conhecimento da verdade, deve-se ainda esclarecer como se dá a relação entre prova e verdade.

De plano, deve-se afastar que estejam relacionadas conceitualmente, com o que um fato somente poderia estar provado sob a condição de que fosse verdadeiro (De Paula Ramos, 2022a, p. 38). Sob tal perspectiva, a verdade de uma proposição seria “condição necessária, mas não suficiente, para que se possa dizer que a proposição está provada” (Ferrer-Beltrán, 2017b, *e-book*). Uma tal exigência seria demasiada, constituindo um *standard* de certeza que não é utilizado em nenhum outro campo do conhecimento (De Paula Ramos, 2022a, p. 39).

A relação entre prova e verdade deve ser entendida, portanto, como teleológica; isto é, uma relação de meio e fim, sendo a prova o meio para o conhecimento da verdade. Assim, a verdade não tem qualquer papel na definição da prova, mas é, isso sim, o objetivo último da atividade probatória; ou, o que é o mesmo, “a finalidade principal da atividade probatória é obter o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos, cuja descrição será convertida em premissa do raciocínio decisório” (Ferrer-Beltrán, 2017b, *e-book*).

Assim, sendo a prova “função instrumental com relação à apuração da verdade dos fatos” (De Paula Ramos, 2022a, p. 29), pode ocorrer de um enunciado fático ser considerado juridicamente provado e, mesmo assim, ser falso; bem como de um enunciado fático ser verdadeiro e, do resultado probatório, não restar provado no processo (Ferrer-Beltrán, 2017b, *e-book*).

De forma resumida: um fato, ou melhor, uma proposição fática resultar provada significa que, a partir da prova, existem elementos de juízo que fornecem corroboração suficiente para que se atenda a determinado *standard* probatório, isto é, a determinado grau de confirmação (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 73-78; De Paula Ramos, 2022a, p. 41-45). Dispensa-se, por ora, uma análise mais detida sobre a valoração da prova feita pelo juiz – esta, uma questão jurídico-epistêmica – e sobre qual ou quais seriam os umbrais de suficiência desejáveis para o processo civil – esta, uma questão político-legislativa. As questões serão retomadas adiante, em tópicos próprios.

Por ora, basta que estejam bem entendidas as premissas básicas da concepção racionalista da prova, quais sejam: 1) a relação teleológica entre prova e verdade; 2) a adoção de um conceito de verdade como correspondência; 3) o reconhecimento de que, por mais completo e confiável que seja o conjunto probatório, as decisões

sempre se darão em um contexto de incerteza; 4) com o que o raciocínio probatório é inferencial e probabilístico (Ferrer-Beltrán, 2023a, 25-27; Accatino, 2019). Cumpre, pois, analisar as implicações dessas premissas no delineamento do conteúdo mínimo do direito fundamental à prova e suas consequências para conformação de um processo civil justo.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA SOB A CONCEPÇÃO RACIONALISTA (E VICE-VERSA): CONTEÚDO MÍNIMO E EXIGÊNCIA DE UM MODELO OBJETIVISTA

Se é verdade que 1) a verdade importa no processo, sendo condição necessária para justiça da decisão e para efetiva tutela dos direitos, bem como para que o direito cumpra com seu papel de orientar condutas; que 2) a finalidade institucional do processo é a descoberta da verdade por meio de uma correta apuração dos fatos; e que 3) é a prova o instrumento de conhecimento e apuração dos fatos dentro do processo, não é difícil perceber que o direito fundamental à prova é direito materialmente fundamental, com importância de primeira ordem para configuração de um devido processo constitucional sensível à verdade dos fatos, potencialmente capaz de apurá-la o mais corretamente possível e, com isso, outorgar uma tutela justa e efetiva dos direitos e, em última análise, permitir que o direito como um todo possa cumprir com sua função de orientar condutas.

O direito à prova consiste no direito que tem o cidadão “a provar que se produziram, ou não, os fatos a que o direito vincula consequências jurídicas”, pois, “somente desse modo pode-se garantir uma correta aplicação do direito e [...] uma adequada segurança jurídica” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p.87). É, por isso, parte do direito ao devido processo e um dos requisitos do Estado de Direito (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 108-109).

O direito à prova pode ser esmiuçado em quatro elementos principais, ou, se se preferir, quatro direitos mais específicos. São eles: 1) o direito à utilização de toda prova relevante disponível; 2) o direito a que sejam as provas produzidas no processo; 3) o direito a que sejam valoradas racionalmente; 4) o direito a uma decisão motivada com base nas provas (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 110; Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 88-94).

Como se percebe, cada um desses elementos espelha uma etapa da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo: admissibilidade, produção, valoração e decisão. Assim, os direitos específicos do direito à prova encadeiam-se sucessivamente ao longo do processo, de modo a, entre direitos das partes e deveres do juiz, articular todo procedimento probatório, desde a formação do conjunto probatório até o momento da valoração da prova e prolação de uma decisão justificada sobre os fatos.

Atuando, portanto, o direito à prova sobre todas as fases da atividade probatória, passe-se a análise de como isso se dá em cada uma delas; esboçando-se, sem pretensão de completude, o seu conteúdo mínimo em cada fase e como deverá, com isso, a atividade probatória ser estruturada no processo civil para voltar-se, de fato, à correta apuração dos fatos.

3.1 DIREITO À UTILIZAÇÃO DE TODA PROVA RELEVANTE DISPONÍVEL

O direito à prova como direito à utilização de toda prova relevante disponível diz respeito à fase de proposição da prova pela parte e, principalmente, à fase de admissibilidade, momento em que o juiz decidirá sobre a entrada ou não das provas postuladas pelas partes no processo. Traduz-se, fundamentalmente, no direito subjetivo da parte de “utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão” e no dever do juiz de “admitir todas as provas relevantes aportadas pelas partes” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 88).

E isso deve ser assim justamente por conta da exigência do Estado de Direito a uma correta apuração dos fatos como condição indispensável à justiça da decisão e da finalidade institucional de descoberta da verdade, conforme já visto. Também porque no processo vige a máxima *quid non est in actis non est in mundo*, de modo que “para a determinação dos fatos somente se deve levar em conta o subconjunto de provas relevantes admitidas e produzidas em juízo” (Vázquez, 2021, p. 54-55).

Daí a importância da completude (*comprehensiveness*) do material probatório. Qualquer atividade de apuração da verdade “deve ter o fim de incluir, tendencialmente, todas as provas relevantes”, pois “aumentando-se a *comprehensiveness*, aumenta-se a qualidade da investigação e do grau de justificação” (De Paula Ramos, 2023, p. 86-87). Na busca da verdade “a apuração dos fatos depende da consideração do máximo de prova relevante possível sobre o enunciado fático que é objeto da investigação”; a ideia parece mesmo natural: “quanto mais se tem informação a respeito do enunciado fático, maiores são as chances de correção na sua respectiva apuração” (Carpes, 2023, p. 71). Daí porque “o direito fundamental à prova inclui o direito à completude do material probatório” (Zaneti, 2023, p. 157).

Isso não significa, contudo, que toda e qualquer prova deva ser sempre admitida. Tanto que se fala em direito à admissão de todas provas *relevantes* - estas entendidas como aquelas que sejam idôneas a, hipoteticamente, aportar elementos de juízo sobre os fatos que se pretende provar (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 88-89). A relevância, como critério epistemológico, é o primeiro filtro para admissibilidade da prova, constituindo princípio geral de inclusão conforme o qual toda prova relevante deve ser admitida caso não excluída por algum filtro adicional imposto por normas jurídicas (Ferrer-Beltrán, 2017a).

Regras jurídicas de exclusão, mesmo que sobre provas epistemicamente relevantes, normalmente justificam-se para proteção de direitos fundamentais ou outros valores protegidos pelo Direito que eventualmente conflitem com o objetivo de apuração da verdade, autorizando a limitação deste através inadmissibilidade da prova. Não cabe aqui a análise de diferentes hipóteses e possibilidades de exclusão. Importa, para os fins ora perseguidos, a noção geral de que “se há relevância, a prova deve ser, em princípio, admitida” e de que “a relevância é assim o critério mais importante: constitui condição geral para a admissibilidade da prova”. (Carpes, 2023, p. 87).

Fica evidente, disso tudo, a relevância fundamental do direito à prova já nessa primeira fase da atividade probatória. A admissão da prova relevante é indispensável para conformação de um material probatório o mais completo possível, maximizando a chance de acerto da decisão final sobre os fatos e, com isso, de que a decisão seja justa. Por isso, afora hipóteses de exclusão legal ou de redundância da prova, o juízo de admissibilidade deverá pautar-se unicamente pela relevância da prova pretendida, independentemente de qualquer conhecimento privado ou convencimento prévio que o juiz eventualmente tenha sobre os fatos.

3.2 DIREITO À PRODUÇÃO DA PROVA

Obviamente que seria inútil o direito a que a prova relevante fosse admitida se não se garantisse, igualmente, que essa prova fosse efetivamente produzida no processo (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 111; Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 89). Isso seria esvaziar de sentido todo o dito anteriormente: admissão e inadmissão seriam equivalentes. A produção é a “introdução da prova no processo”, sendo a fase que “envolve a atividade preponderantemente ligada à implementação ou à realização da prova no processo” (Carpes, 2023, p. 68).

Ainda, o direito à produção da prova como elemento do direito fundamental à prova e, portanto, inserido no contexto de busca da verdade, exige que a produção se dê sob o princípio do contraditório (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 90), consistindo no direito à “produção em contraditório das provas admitidas” (Vázquez, 2021, p. 62).

A ideia é que se maximize a participação das partes na fase de produção da prova, dando-lhes oportunidade de contraprovar as alegações da parte contrária (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 90), bem como de questionarem e criticarem mutuamente as provas apresentadas (Vázquez, 2021, p. 62). Aqui, pode-se falar, inclusive, na exigência de produção de metaprova - ou prova sobre prova - para que a parte demonstre a confiabilidade e idoneidade da prova com base na qual funda sua pretensão.

O objetivo é claramente epistêmico. Trata-se de forma de controle *in itinere* do raciocínio probatório do juiz. Busca-se, a partir da discussão do conteúdo e qualidade dos elementos de juízo aportados, que o juiz possa melhor valorar a prova, pois “so-

mente se as partes realizam uma adequada produção das provas em contraditório o juiz poderá desempenhar suas funções epistêmicas” (Vázquez, 2021, p. 62).

Por esse motivo, para além de garantia das partes, o contraditório assume também o papel de “ferramenta cognoscitiva do próprio julgador” (Vázquez, 2021, p. 63). Se as partes não exercerem adequadamente o contraditório na produção das provas, pode – e deve – o próprio juiz participar ativamente do contraditório a fim de exigir esclarecimentos, dirimir dúvidas ou desafiar informações apresentadas pelas partes. (Vázquez, 2021, p. 62).

Se, como visto anteriormente, a completude do conjunto probatório, isto é, a riqueza da informação disponível, aumenta a probabilidade de acerto da decisão, obviamente que isso pressupõe que a informação obtida a partir das provas seja bem compreendida por quem decide (Vázquez, 2021, p. 63). A produção em contraditório, como elemento do direito fundamental à prova, tem o fito de fornecer as melhores condições epistêmicas possíveis ao julgador para que este possa, na fase seguinte, melhor valorar a prova.

3.3 DIREITO À VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

Em que pese possa haver alguma valoração *in itinere* realizada pelo juiz durante a produção da prova - como, por exemplo, quando este questiona a confiabilidade das provas apresentadas ou determina a produção de novas provas -, tratar-se-á, aqui, da valoração realizada após já formado o conjunto probatório com base no qual será tomada a decisão sobre os fatos (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 139).

É a fase em que o juiz interpreta as provas, outorgando sentido ao contexto probatório (Carpes, 2023, p. 68). O objetivo é, a partir dos elementos de juízo disponíveis, “valorar o apoio empírico que esses elementos aportam individual e conjuntamente às diferentes hipóteses fáticas disponíveis sobre o ocorrido” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 139).

Dois esclarecimentos devem ser feitos: o primeiro sobre o sistema de livre valoração da prova, o segundo sobre o raciocínio probatório desenvolvido no processo.

3.3.1 A livre valoração da prova: subjetivismo e objetivismo

Como se está aqui a falar em uma valoração *racional* da prova, pressupõe-se já a superação de um sistema de prova legal ou tarifada, ou seja, de um sistema em que a valoração seja conformada por normas jurídicas ou que o resultado probatório seja imposto em lei (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 73) – nesse caso, sequer haveria verdadeira valoração por parte do juiz, muito menos adjetivada de racional.

O direito à valoração racional da prova insere-se, portanto, no contexto de um sistema de livre valoração da prova. A livre valoração, por sua vez, pode ser compre-

endida em uma versão irracional, segundo a qual o juiz “estaria desvinculado não só das regras de prova legal, mas também de qualquer critério racional de valoração” e em uma versão racional, na qual “o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras de racionalidade” (Taruffo, 2012, p. 189).

Na primeira acepção, a livre valoração passa a ser entendida como valoração livre, pautada exclusivamente pela livre convicção do juiz sobre fatos (Gascón Abellán, 2010, p. 142). A partir disso, o direito probatório se enquadraria um modelo subjetivista (De Paula Ramos, 2022b, p. 38-43), no qual toda atividade probatória estaria centrada na convicção do juiz, entendido como destinatário da prova, com o que está assumiria papel puramente persuasivo visando a captura psíquica daquele; é dizer, o objetivo da prova seria gerar no julgador um estado mental de crença a respeito da ocorrência das hipóteses fáticas.

Acontece que “o fato de o convencimento corresponder, ou não, com o que de fato se sucedeu é uma casualidade” (De Paula Ramos, 2022b, p. 39), sem relação com qualquer versão de verdade por correspondência. Ademais, a crença é algo que nos ocorre involuntariamente, não sendo possível simplesmente decidir ter uma crença em algo e sendo perfeitamente possível crer ser verdadeiro algo absolutamente falso, ou falso algo verdadeiro. Finalmente, uma crença não pode ser justificada em si mesma e independe do contexto, sendo a mesma dentro e fora do processo e resultado tanto dos elementos de prova disponíveis – ou apesar deles –, quanto de eventuais provas ilícitas, de valores pessoais, de elementos conscientes e inconscientes, conhecimentos privados, preconceitos *etc.* (Ferrer-Beltrán, 2017b, *e-book*).

Em suma, em um modelo subjetivista: não há critérios de correção externos à decisão, ficando o juiz em posição de infalibilidade; admissibilidade e valoração confundem-se, podendo o juiz não admitir provas por considerar-se já convencido; a decisão pode ser tomada com base em um conjunto probatório incompleto, com elementos de baixa qualidade e não confiável; critérios de racionalidade e cientificidade não são fundamentais; não é possível a definição de *standards* probatórios, pois cada juiz tem seu próprio critério subjetivo de suficiência; a decisão não é passível de justificação, sendo irracional e intersubjetivamente incontrolável.

Não é o objetivo, aqui, investigar todas as características e consequências de um modelo subjetivista. É, isso sim, evidenciar que a ideia de convicção do juiz é incompatível com uma concepção racionalista e epistêmica da prova e com a finalidade institucional do processo de apuração da verdade; é dizer, é incompatível com os fundamentos e exigências do direito fundamental à prova em um Estado de Direito comprometido com a tutela justa e efetiva de direitos.

O direito fundamental à prova, em geral, e o direito à valoração racional da prova, em específico, exigem, pois, um modelo objetivista para o direito probatório

(De Paula Ramos, 2022b, p. 43-50), no qual determinado fato somente poderá ser considerado provado a partir do resultado da prova, isto é, quando hajam elementos de juízo que apótem corroboração suficiente à hipótese. Havendo apoio indutivo suficiente, deve o juiz aceitar racionalmente o resultado da prova, independentemente de sua crença (Ferrer-Beltrán, 2017b, *e-book*). Ou seja, trata-se de um modelo racional, orientado à descoberta da verdade e intersubjetivamente controlável, pautado por critérios epistêmicos, critérios de racionalidade geral e de cientificidade, e, importando a completude e fiabilidade do material probatório.

É esse o modelo exigido pelo direito fundamental à prova e é nele que a atividade probatória deve desenvolver-se tal qual delineada ao longo do presente ensaio – tanto no que já foi até aqui visto, quanto no que segue. Especificamente em relação à valoração, por ora basta a noção geral de que a valoração racional exigida pelo direito fundamental à prova se traduz no dever do juiz “de valorar o apoio que cada elemento de juízo aporta às hipóteses em conflito, de forma individual e em conjunto”, de modo a “obter um resultado que nos permita saber o grau de confirmação de que dispõe cada uma dessas hipóteses” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 73).

3.3.2 O raciocínio probatório em um contexto de incerteza

Como já visto ser uma das premissas básicas da concepção racionalista da prova, por mais completo e rico que seja o material probatório, a decisão sobre fatos sempre se dará em um contexto de incerteza. A valoração dos elementos de juízo disponíveis, sendo o raciocínio probatório indutivo, jamais concluirá em “certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 139). O que se terá será, a partir da valoração e dependendo do conjunto probatório, um maior ou menor grau de confirmação ou refutação de hipóteses fáticas.

Em síntese, o raciocínio probatório, além de indutivo – e por isso mesmo -, é probabilístico. E, o tipo de probabilidade que serve de modelo ao raciocínio probatório é a probabilidade lógica ou indutiva, que mede nosso grau de conhecimento do mundo, sem recorrer a probabilidades numéricas nem a crenças subjetivas, a partir da formulação de hipóteses e sua corroboração - apoio indutivo - a partir da prova (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 156-179; Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 178-186). A metodologia da corroboração de hipóteses dá-se por meio de controles e testes probatórios das hipóteses formuladas. O raciocínio envolve a possibilidade de se fazer previsões empiricamente contrastáveis a partir da hipótese formulada, suposições adicionais e condições iniciais. (FERRER-BELTRÁN, 2023b, p. 186-204). É dizer, a partir de conhecimentos prévios se faz a previsão que, se confirmada, corrobora com a correção da hipótese.

Obviamente que a atividade de valoração e o raciocínio desenvolvido pelo julgador – ou que deveria ser por este desenvolvido – são muito mais complexos e

sofisticados que o ora brevemente exposto. Contudo, escapa dos limites do presente trabalho um maior refinamento e aprofundamento sobre a questão. O importante é sublinhar a exigência decorrente do direito fundamental à prova de que o julgador a valora racionalmente, com base em critérios epistemicamente válidos e, portanto, idôneos à descoberta da verdade.

Uma vez valorada a prova, isto é, verificado o grau de confirmação que os elementos de juízo fornecem às hipóteses fáticas, passe-se à fase de decisão sobre a prova.

3.4 DIREITO À MOTIVAÇÃO DA DECISÃO SOBRE FATOS

O último elemento integrante do direito fundamental à prova é o direito a uma decisão sobre fatos motivada. Sobre o a motivação das decisões judiciais em geral, importa lembrar que, sendo justificação, não se trata da exposição do raciocínio decisório, de uma prestação de contas do *iter* psicológico e operações mentais do juiz que levaram à decisão - “aquilo que importa não é a ‘explicação’ do caminho que o juiz tomou para formulá-la, mas a sua justificação, fundada essencialmente em critérios com eficácia justificativa” (Taruffo, 2015, p. 125). Ou seja, o que se exige não é a demonstração de uma “coincidência entre ‘razões reais’ e ‘motivos expressos’ da decisão”, mas que a motivação forneça “a justificação daquilo que representa o resultado do procedimento decisório, isto é, da decisão, entendida como contexto de enunciados em que são expressas as escolhas ‘finais’ que o juiz realizou”, deve ser “um discurso justificativo capaz de fundar racionalmente esses enunciados” (Taruffo, 2015, p. 234).

Especificamente sobre a motivação das decisões probatórias, sendo parte integrante do direito fundamental à prova, ela opera “como garantia de fechamento das outras facetas desse direito: o direito de que sejam admitidas todas as provas relevantes, o direito de que todas provas admitidas sejam produzidas em contraditório e o direito à valoração racional da prova” (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 339). É a garantia final da racionalidade da decisão a partir das provas.

A motivação deve referir-se a todos os fatos tidos em conta na decisão e, idealmente, para cada fato, o juiz deve indicar, especificamente, como valorou os elementos de juízo a ele referentes e de que inferenciais concluiu pela sua verdade ou falsidade. Ademais, além de referir-se às provas que confirmem suas conclusões sobre os fatos, deve, sobretudo, referir-se às provas que lhes sejam contrárias (Taruffo, 2022, p. 217-218).

No ponto, importante advertir que a fase de decisão sobre prova não se confunde com a fase de valoração da prova, embora esta seja imediatamente anterior e pressuposto lógico daquela. Isso porque determinar o grau de confirmação de uma

hipótese fática a partir da prova –valoração - nada diz, por si só, sobre se tal hipótese deve ou não ser considerada provada no processo - decisão.

Essa passagem da valoração à decisão, em um modelo racionalista de prova, depende do estabelecimento de *standards* probatórios, isto é, de critérios que determinem “o umbral de suficiência probatória a partir do qual se pode considerar uma hipótese provada” (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 194). E, são justamente os *standards* que fornecem os critérios para justificação das decisões sobre provas, com o que se, ao decidir, o juiz não dispuser de um *standard*, não será possível que cumpra com a obrigação de motivação da decisão; isto é, não poderá “justificar que, à luz das provas apresentadas e produzidas, alguma das hipóteses fáticas em conflito supera, ou não, o umbral de suficiência probatória que habilita a ser aceita como provada em seu raciocínio” (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 194).

Inclusive, dada a importância do *standard* como condição para uma decisão racional, justificada e intersubjetivamente controlável sobre os fatos, “dever-se-ia também incorporar ao citado direito à prova que as partes conheçam antecipadamente o *standard* de prova necessário para justificar uma decisão judicial, é dizer, que esteja contido no ordenamento respectivo” (Vázquez, 2021, p. 66-67) Ou, em outros termos, “a predeterminação do nível de suficiência probatória mediante regras que cumpram os requisitos metodológicos [...] é uma das condições do devido processo e, por extensão, do Estado de direito” (Ferrer-Beltrán, 2023a, p. 199).

Contudo, é irrelevante aqui averiguar se o direito ao conhecimento do *standard* seria melhor considerado como quinto elemento do direito fundamental à prova ou se como integrante do direito à justificação da decisão sobre a prova, do qual é condição. O que importa é que a compreensão do direito fundamental à prova, como um todo, é indispensável para orientação e conformação da atividade probatória desenvolvida no processo.

3.5 IMPLICAÇÕES ENTRE O DIREITO À PROVA E A CONCEPÇÃO RACIONALISTA

De todo o exposto restam evidentes as mútuas implicações da concepção racionalista da prova e do direito fundamental à prova entre si. A relação é uma via de mão-dupla, haja vista que, ao mesmo tempo que “é o próprio sistema jurídico, mediante o denominado ‘direito à prova’, que exige a aplicação dessas regras da epistemologia ou a racionalidade gerais” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 85), é “somente mediante uma concepção racionalista da prova (que rechace a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz) [que] é possível tornar efetivo o direito à prova em todo seu alcance e, por conseguinte, também o direito à defesa” (Ferrer-Beltrán, 2023b, p. 85).

Assim, o direito fundamental à prova, para ser efetivo, não pode ser examinado e exercido senão sob uma teoria racionalista da prova, e uma teoria racionalista da

prova não pode ser concebida – ao menos não de forma a ter reflexos práticos no processo e nas decisões judiciais – senão sob a noção de um direito fundamental à prova.

Isso é importante, pois, embora no âmbito teórico as premissas, tanto epistêmicas quanto jurídicas, já estejam bem assentadas e já tenham logrado muito na tarefa de desmontar uma série de velhos equívocos decorrentes de uma má cultura jurídica, baseada em uma má epistemologia (Bayón, 2010), na prática forense, especialmente na realidade jurídica brasileira, ainda é comum deparar-se, principalmente a nível legislativo e jurisprudencial – no doutrinário, cada vez menos - com concepções subjetivistas sobre a prova, pautadas na ideia de livre convencimento e íntima convicção do julgador, o que acaba por esvaziar o direito à prova de seu conteúdo fundamental e impedir, no processo civil, um procedimento probatório adequado à uma correta apuração da verdade e, portanto, uma decisão justa sobre os fatos, em manifesta violação do Estado de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, da análise dos quatro elementos básicos que compõem o direito à prova – ou cinco, caso se considere o direito ao conhecimento do *standard* como independente do direito à motivação da decisão -, avulta a fundamentalidade material deste, como orientador para a conformação de um processo civil orientado à busca da verdade, capacitado a uma correta apuração dos fatos e tendente a decisões mais justas.

Em suma, pode-se tanto dizer que é o direito fundamental à prova que reclama uma concepção racionalista e um modelo objetivista da prova para ser exercido em toda sua potencialidade, de modo a cumprir com sua função epistêmica no processo, quanto que é da concepção racionalista da prova que decorre a fundamentalidade material do direito à prova, com o que ele é dotado do conteúdo e alcance tais quais aqui analisados.

De qualquer sorte, o que importa é que o direito à prova e a concepção racional da prova têm raízes na noção básica de que a justiça da decisão depende de uma correta apuração dos fatos. Assim, a coordenação de ambos, em suas implicações recíprocas e desdobramentos diversos, é de suma importância para a conformação de um procedimento probatório no âmbito do processo civil orientado à descoberta da verdade e, portanto, idôneo e adequado à produção de decisões, além de procedimentalmente, também substancialmente justas, isto é, sensíveis à verdade dos fatos.

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? **Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, v. 39, 2019. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Acesso em: 22/08/2023.

BAYÓN, Juan Carlos. Epistemología, moral prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, v. 2, n. 4, p. 6-30, 2010. Disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252/209>. Acesso em: 22/08/2023.

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. Acesso em: 03/06/2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03/06/2024.

CARPES, Artur. O que provar? Admissibilidade e eficiência da justiça civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2023.

DE PAULA RAMOS, Vitor. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, p. 41-61, out. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/4713505/Direito_Fundamental_%C3%A0_Prova. Acesso em: 03/10/2023.

DE PAULA RAMOS, Vitor. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022a.

DE PAULA RAMOS, Vitor. **Prova documental: do documento aos documentos: do suporte à informação**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

DE PAULA RAMOS, Vitor. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022b.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**. Cartagena, vol. IX, n. 18, p. 150-169, 2017a. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>. Acesso em: 03/12/2023.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1. ed. em e-book baseada na 1. edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção: standards de prova e devido processo**. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023a.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023b.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti: ensaios sobre a prova, causalidade e ação**. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual: processo constitucional e o novo processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015

TARUFFO, Michele. **Hecho y derecho en la decisión**. In: MITIDIERO, Daniel; NIEVA-FENOLL, Jordi; OTEIZA, Eduardo; PRIORI, Giovanni; RAMÍREZ CARVAJAL, Diana Maria; TARUFFO, Michele. *Los principios en el proceso civil: um análisis transversal desde iberoamérica*. Lima: Palestra, 2022.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova racional**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo: do problema ao precedente: da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Quem financia o direito fundamental à prova nos processos coletivos brasileiros? O problema da completude probatória e o custo da prova pericial no ARE 1.283.040/RJ (STF)**. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo; MATIDA, Janaína; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; DE PAULA RAMOS, Vitor (Orgs.). *Direito Probatório*. Londrina: Toth, 2023.

O JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO: UMA ANÁLISE DA LEI FEDERAL Nº 13.964/19 E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A TUTELA JUDICIAL

EL JUEZ DE GARANTÍAS Y EL SISTEMA ACUSATORIO: UN ANÁLISIS DE LA LEY FEDERAL Nº 13.964/19 Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL

Diego Guimarães Ribeiro¹

Cássius Guimarães Chai²

RESUMO

O presente estudo, intitulado “O Juiz das Garantias e o Sistema Acusatório: Uma Análise da Lei Federal nº 13.964/19 e suas Implicações para o Devido Processo Legal e a Tutela Judicial”, concentra-se na análise detalhada da instituição legal do Juiz das Garantias, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 13.964/19 - Pacote anticrime. Este estudo busca analisar a origem, as funções e as críticas ao Juiz das Garantias, bem como avaliar sua constitucionalidade à luz do devido processo legal e da tutela judicial. O processo penal vigente se insere em um sistema com normas e atores processuais – Autor/Réu, Polícia Judiciária, Ministério Público e Judiciário –, que sofreu uma transição de um modelo inquisitivo para o acusatório, o que acarreta avanços civilizatórios para qualquer sociedade democrática, como a reconfiguração institucional e cultural do papel do juiz como terceiro, garantia imparcial dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2002). Esse sistema acusatório tem como pilar a garantia dos direitos fundamentais do investigado ou acusado, em oposição a qualquer possibilidade de excessos do poder punitivo do Estado. Ante a necessidade de consolidação do sistema acusatório e de amparar o direito de defesa e as garantias individuais, irrompe no cenário jurídico a figura do *Juiz das Garantias*, forjado nas premissas dos direitos e garantias fundamentais. Muito embora a moderna atualização do sistema acusatório por meio da introdução do *Juiz das Garantias* seja um grande passo civilizador materializado como um guardião dos direitos fundamentais na fase de investigação preliminar marcando a superação dos traços inquisitoriais ainda presente, não se pode olvidar que a aludida figura ainda está

1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha - UVV. Procurador-Geral de Itapemirim/ES. E-mail: dgrguimaraes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5267958851526690>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7923-9772>.

2 Professor permanente do PPGD FDV. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7954290513228454>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>.

longe de ser o derradeiro saneador de determinadas inconsistências que persistem no atual sistema processual (DA SILVA, 2012). Para alcançar este objetivo, foi realizada uma revisão bibliográfica, incluindo a análise da legislação nacional, obras, artigos científicos e um estudo de caso específico: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6298, 6299, 6300 e 6305. Esta metodologia permitiu uma visão geral atual do tema, com foco na constitucionalidade da norma que instituiu o Juiz das Garantias sob a ótica do devido processo e da tutela judicial em consagração à plenitude dos direitos fundamentais do investigado ou acusado. Os resultados esperados desta pesquisa indicam que a atuação do Juiz das Garantias visa dar maior legitimidade ao processo penal, salvaguardando os direitos e liberdades da parte mais vulnerável na relação processual. A discussão se concentra na (in)constitucionalidade da alteração promovida no Código de Processo Penal que instituiu o juiz das garantias, embora seja evidente que a medida tem como fundamento a criação de um mecanismo para evitar decisões tendenciosas, fortalecendo o processo democrático e impedindo que a justiça criminal seja utilizada como ferramenta de opressão contra os mais vulneráveis da sociedade. Após uma análise detalhada, conclui-se que a instituição do Juiz das Garantias não apresenta vícios de inconstitucionalidade e que sua introdução representa um avanço significativo para o devido processo legal e a tutela judicial, destacando a importância da separação funcional entre acusador e juiz, bem como da separação entre a função de controle da investigação e a de julgamento.

Palavras-chave: juiz das garantias; sistema acusatório; devido processo legal.

RESUMEN

Este estudio, titulado “El Juez de Garantías y el Sistema Acusatorio: Un Análisis de la Ley Federal No. 13.964/19 y sus Implicaciones para el Debido Proceso y la Protección Judicial”, se centra en un análisis detallado de la institución jurídica del Juez de Garantías, introducida en el sistema jurídico brasileño por la Ley Federal No. 13.964/19 - el Paquete Antidelincuencia. Este estudio busca analizar el origen, las funciones y las críticas al Juez de Garantías, así como evaluar su constitucionalidad a la luz del debido proceso legal y de la tutela judicial. El proceso penal actual forma parte de un sistema con reglas procesales y actores - Querellante/ Demandado, Policía Judicial, Ministerio Público y Poder Judicial - que ha sufrido una transición de un modelo inquisitivo a uno acusatorio, lo que conlleva avances civilizatorios para cualquier sociedad democrática, como la reconfiguración institucional y cultural del papel del juez como tercero, garante imparcial de los derechos fundamentales (DWORKIN, 2002). El pilar de este sistema acusatorio es la garantía de los derechos fundamentales del investigado o imputado, frente a cualquier posibilidad de excesos en el poder punitivo del Estado. Ante la necesidad de consolidar el sistema acusatorio y respaldar el derecho de defensa y las garantías individuales, irrumpe en el escenario jurídico la figura del Juez de Garantías, forjada sobre las premisas de los derechos y garantías fundamentales. Si bien la actualización moderna del sistema acusatorio a través de la introducción del Juez de Garantías es un gran paso hacia la civilización, materializado como guardián de los derechos fundamentales en la fase de investigación preliminar, marcando la superación de los rasgos inquisitoriales aún presentes, no se debe olvidar que esta figura aún está lejos de ser el remedio definitivo para ciertas inconsistencias que persisten en el sistema procesal actual (DA SILVA, 2012). Para lograr este objetivo, se realizó una revisión bibliográfica que incluyó el análisis de la legislación nacional, obras, artículos científicos y un estudio de caso específico: las Acciones de Inconstitucionalidad Directa 6298, 6299, 6300 y 6305. Esta metodología permitió tener una visión actual del

tema, centrándose en la constitucionalidad de la norma que estableció el Juez de Garantías desde la perspectiva del debido proceso y la protección judicial en honor a la plenitud de los derechos fundamentales del investigado o imputado. Los resultados esperados de esta investigación indican que la función del Juez de Garantías busca dar mayor legitimidad al proceso penal, salvaguardando los derechos y libertades de la parte más vulnerable en la relación procesal. La discusión se centra en la (in)constitucionalidad de la modificación del Código Procesal Penal que estableció el juez de garantías, aunque queda claro que la medida se basa en la creación de un mecanismo para evitar decisiones sesgadas, fortaleciendo el proceso democrático e impidiendo que la justicia penal sea utilizada como una herramienta de opresión contra los más vulnerables de la sociedad. Después de un análisis detallado, se concluye que la institución del Juez de Garantías no es inconstitucional y que su introducción representa un avance significativo para el debido proceso legal y la protección judicial, destacando la importancia de la separación funcional entre el acusador y el juez, así como la separación entre la función de control de la investigación y la de juzgamiento.

Palabras clave: juez de garantías; sistema acusatório; derechos fundamentales. debido proceso; (in)constitucionalidad.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Visão geral da estrutura judicial brasileira. 2. O juiz como garantidor dos direitos individuais: a figura do juiz das garantias no modelo processual penal. 3. O papel do juiz das garantias no processo penal contemporâneo. 4. A função do juiz das garantias. 5. O papel e as críticas acerca do juiz das garantias estabelecido pelo Pacote Anticrime. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em epígrafe está focado na análise pormenorizada da novel instituição legal da figura do Juiz das Garantias, introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei Federal nº 13.964/19 - *Pacote anticrime*.

O Poder Judiciário brasileiro se divide, fundamentalmente, em dois ramos: um vinculado à União e outro, de natureza estadual, correspondente a cada um dos Estados da federação. O Poder Judiciário da União, por sua vez, subdivide-se, conforme a matéria em discussão, em Justiça do Trabalho (que resolve fundamentalmente as questões trabalhistas), Justiça Eleitoral (responsável pela condução das eleições e pelos contenciosos relacionados à essas ações, Justiça Militar (exclusivamente para o tratamento de crimes militares) e Justiça Federal (com jurisdição residual federal, para o exame de qualquer causa que envolva interesses da União ou de pessoas a ela vinculadas e que não estejam incluídas no atribuições dos demais órgãos do Poder Judiciário da União) (OLIVEIRA, 2013).

O processo penal está inserido em um fenômeno muito mais amplo e complexo como o sistema de justiça criminal, no qual convergem e coexistem muitos outros elementos de natureza normativa, cultural, institucional. O processo penal existe em

um sistema que inclui a polícia, o direito penal substantivo, a cultura e a estrutura institucional do judiciário e outros atores, as orientações de natureza política-criminal, apenas para citar alguns exemplos.

Sobre a temática, é salutar ressaltar que a transição de um modelo inquisitivo para um de tribunal acusatório, que sem dúvida acarreta avanços civilizatórios transcendentais para qualquer sociedade democrática, como a reconfiguração institucional e cultural do papel do juiz como terceiro, garante imparcial dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2002).

No que tange à estrutura do sistema acusatório, pode-se destacar o pilar central que sustenta o arcabouço normativo orbita em um fluxo constante voltado à garantia dos direitos fundamentais do investigado ou acusado, em oposição a qualquer possibilidade de excessos do poder punitivo por parte do Estado, postos em prática durante a atuação das polícias judiciárias e do Ministério Público, os respectivos órgãos de investigação criminal e de acusação.

Em paradoxo da escolha há tempo feita pelo legislador constitucional – tendo em vista que a busca pelo equilíbrio de forças entre as partes por meio da Lei nº 13.964/2019 já era expressamente previsto pela CF/88 – alguns ainda persistem na inobservância dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Desta forma, ante a necessidade de consolidação do sistema acusatório e de amparar o direito de defesa e as garantias individuais, irrompe no cenário jurídico pátrio a figura do *Juiz das Garantias*, forjado nas premissas dos direitos e garantias fundamentais. Sobre o tema Junqueira (2021, p. 127) preceitua que:

Essa função de garantia reclama o deslocamento da figura do juiz para o “centro” do processo (equidistância) – como forma de preservação da sua imparcialidade –, o que somente pode ser alcançado por meio de um processo de partes, com a rigorosa separação das funções (de acusar e de julgar, principalmente).

Todavia, é salutar registrar que esse avanço, por mais substantivo que seja, consubstancia-se apenas em uma parte de uma luta muito mais ampla pela humanização do sistema processual penal. De fato, apesar dos avanços relevantes que tivemos, em muitos países latino-americanos com as reformas do processo penal nas últimas décadas, paralelamente, nesses mesmos países têm sido promovidas agendas políticas criminais inequivocamente orientadas na direção oposta ao ideal de justiça penal, direito penal mínimo e liberal. Em suma, a introdução do sistema acusatório é um grande passo civilizador, mas está longe de ser uma panaceia per se (DA SILVA, 2012).

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo investigar a origem do juiz das garantias e determinar quais são as funções legais estabelecidas para o magis-

trado; verificar os procedimentos que a lei estabeleceu; e, estabelecer se as funções atribuídas aos juízes das garantias penais são cumpridas nos casos.

O tema proposto foi selecionado em razão da relevância e da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo em vista a decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendendo, *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), prevalecendo, posteriormente, a hermenêutica mais equilibrada e sensata, cujo desfecho se deu com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 23/08/2023, após dez sessões de julgamento, decidindo pela validação do mecanismo e determinando o prazo de 12 meses, prorrogável por mais 12, para implantação obrigatória pelo Judiciário de todo o país do instituto do juiz das garantias.

2 VISÃO GERAL DA ESTRUTURA JUDICIAL BRASILEIRA

A priori, para compreender o arcabouço estrutural no sistema processual penal brasileiro, é necessário delinear, ainda que em linhas gerais, a estrutura do Poder Judiciário deste país e as diretrizes básicas de seu processo.

Com efeito, são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A legislação em matéria processual é sempre federal, de forma que a disciplina de direito processual é uniforme para todo o país. No entanto, é importante destacar, que muito embora exista uma legislação processual penal geral, materializada no Código de Processo Penal (Decreto nº 3.689, de 3 de outubro 1941), aplicam-se subsidiariamente leis penais especiais, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O Diploma Adjetivo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) é usado como regra subsidiária para toda legislação especial não penal. Assim, caso não haja regulamentação específica para determinada situação, aplicam-se as disposições do Código de Processo Civil referentes à matéria. O mesmo ocorre na área penal, em relação ao Código de Processo Penal (ANDRADE, 2011).

Especificamente no que diz respeito aos processos cíveis, o Código de Processo Civil prevê basicamente três tipos diferentes de processos: o de conhecimento, o de execução e o de precaução. O objetivo da primeira é apurar os fatos do caso e aplicar a norma correspondente (com sua implementação, se necessário). A segunda tem

como objetivo simplesmente a aplicação da sanção previamente estipulada em título executivo (judicial ou extrajudicial). Por fim, o processo cautelar visa conferir proteção emergencial aos direitos, evitando que se tornem inúteis pela demora em um ou nos outros dois processos (LOPES e RITTER, 2017).

3 O JUIZ COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS INDIVIDUAIS: A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO MODELO PROCESSUAL PENAL

A importância do juiz das garantias dentro do sistema processual penal brasileiro se destaca em sua principal função de atuar na fase de investigação penal preliminar, assegurando os direitos e garantias dos investigados e controlando a legalidade da investigação conduzida pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, ressaltando a separação das funções de investigação e julgamento para garantir a imparcialidade do juiz (SCHNEIDER, 2011).

Com efeito, a introdução do juiz das garantias visa corrigir essa prática que pode comprometer a imparcialidade, alinhando-se ao sistema acusatório recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (SCHNEIDER, 2011).

O artigo 17.º que trata da competência do juiz de instrução do Código de Processo Penal Português estabelece que “compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código”.

O art. 40.º, “b”, do referido compêndio processual penal lusitano, institui que nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver dirigido a instrução.

Tal normativa assemelha-se com a figura do *juiz das garantias* do processo penal brasileiro, pois, de igual forma reverbera a pretensão de assegurar a inviolabilidade das garantias e dos direitos individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual.

Conforme Junqueira (2021, p. 143) “trata-se de função semelhante ao *giudice per le indagini preliminari* (GIP) do sistema italiano ou ao “juiz de instrução” do sistema português (que, apesar do nome, tem função de juiz das garantias)”.

Outrossim, a respeito do contraste entre o sistema inquisitorial e o sistema acusatório, observa-se que apenas o significado básico da oposição permanece razoavelmente verdadeiro. O modelo processual “contraditório” surge de uma disputa: ele se desenvolve como um compromisso entre dois adversários perante um juiz relativamente passivo, cujo dever principal é emitir um veredicto. O modo não contraditório é estruturado como investigação oficial (ASSALIN, 2019).

No primeiro sistema, os dois adversários se encarregam da ação judicial no segundo, a maior parte das ações é realizada pelos funcionários encarregados da admi-

nistração da justiça. Além do significado essencial, começam as incertezas. Não está claro em que medida o processo contraditório depende dos desejos das partes (Quão passivo pode ser um juiz?) E quão onipresente é o controle oficial no modo inquisitivo (Quão ativos podem os administradores de justiça ser?). Cada conceito é dotado de características diferentes quando a discussão se concentra em processos criminais, contencioso civil ou administração da justiça em geral. Em particular, o hábito de incorporar nos dois modelos de procedimentos várias características cuja relação com a oposição das ideias de concurso ou investigação é, na melhor das hipóteses, tênue, é confuso (DWORKIN, 2003).

O que é relevante é entender que existem princípios fundamentais que não podem ser dispensados: primeiro, separação estrita entre acusador e juiz; segundo, a consagração do princípio da congruência entre a acusação e a condenação e, terceiro, privar o juiz de poderes diretivos na produção de provas ou informações, que são da competência exclusiva das partes (GRANDINETTI, 2020).

4 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Antes de entrar no assunto, devemos partir de um ponto que é importante para impor uma entonação significativa e não perder o fio condutor da temática. Para tanto, não se pode olvidar que o modelo penal garantista tem a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra* ou *ultra legem* (FERRAJOLI, 2002).

Com efeito, a opulência de Ferrajoli e de todos os autores que seguem sua linha, define o princípio acusatório como fundamento do processo de garantia penal. Neste caso, quando nos referimos a um processo penal acusatório, não nos referiremos ao princípio, mas sim ao sistema de justiça em vigor (ANDRADE e CAVALCANTI, 2017).

Sobre este assunto, Assalin (2019) relembra brevemente o sistema acusatório estabelecido na Grécia e Roma antigas, posteriormente transformado pelo sistema inquisitivo na Idade Média, depois passado para um sistema misto que prevalece no nosso país de 1983 a 2000, e devido a aparente ineficácia deste sistema, decidiu-se estabelecer um novo sistema judicial oral denominado processo penal oral contraditório ou acusatório, em que cada parte tem um papel claro, muito específico e bem definido, que é da responsabilidade do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Vis-a-vis com a *notitia criminis*, sucede ao inquérito comprovação da existência do fato definido como infração penal e a eventual responsabilidade do agente, enquanto a defesa, estando amparada pela presunção da inocência como garantia

fundamental, não se obriga, senão a provar qualquer tipo de situação que exclua sua responsabilidade. Nesse sentido, o que se pretende nesta parte da investigação científica é determinar qual é o papel do juiz neste sistema, que tem sido abraçado por várias nações do mundo.

A fim de compreender adequadamente o papel do juiz, neste caso das garantias, devemos necessariamente nos referir a Dworkin (2002), que indica que este decorre do procedimento e, por sua vez, esta foi uma resposta do modelo de juiz alemão, chamado de “juiz investigativo”. Seu surgimento teve razão de estar na busca de limitar a atuação do Ministério Público e da Polícia, especialmente no que se referia à violação de direitos, tendo em vista que, em um *Estado Democrático de Direito*, por mais ínfimo que seja o desrespeito por parte do Estado, deve haver “proteção preventiva”.

Segundo Ramos (2020), essas características tornam o procedimento uma salvaguarda contra a autoridade, uma verdadeira defesa contra o Legislador ou o Administrador, sem dúvida uma proteção do cidadão em relação ao Estado, ou, no que se refere à dimensão do processo perante o judiciário, uma instituição de garantia contra a jurisdição

Nesse sentido, a posição do autor alhures referenciado é no sentido de que o Juiz das Garantias é o de terceiro imparcial que deve ser o guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos, entendendo que não é que a justiça vai ser sacrificada por direitos dos investigados.

Inegavelmente, conforme constata Nucci (2020, p. 80) “não se trata de um juiz instrutor, como há em algumas legislações estrangeiras; adotou-se, no Brasil, o juiz fiscalizador, sem qualquer poder instrutório”.

Desta forma, o papel do juiz é entendido de uma forma que não lhe pertence ao papel exclusivo de juiz espectador ou testemunha das irregularidades que possam ocorrer no processo, pelo contrário, foram-lhe atribuídas prerrogativas que o obrigam, inevitavelmente, a proteger os direitos que a Constituição confere ao povo, bem como garantir que as violações dessas normas declaratórias e assecuratórias se façam com a estrita observância aos limites impostos pela lei, sob uma perspectiva estritamente imparcial (SAMPAIO, ALVES e CARVALHO, 2022).

5 A FUNÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Estabelecido este *briefing* geral, tenciona-se agora esclarecer algumas questões sobre o papel do juiz das garantias no contexto da fase de investigação preliminar e, mais precisamente, justificar a necessidade da sua existência como condição *sine qua non* de um processo penal nos termos das exigências de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, partindo justamente da premissa alinhavada de que o mero exercício da ação penal envolve uma violação de direitos fundamentais cuja legitimidade se baseia no respeito aos limites constitucionais, há de se consignar que o direito processual penal reclama o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais.

Isso requer a figura institucional de um juiz imparcial e sem compromisso com o sucesso da investigação. Por isso, é sempre bom lembrar que a função garantidora da jurisdição não constitui fonte de “impunidade”, como muitas vezes se repete no populismo criminoso. Pelo contrário, a função preventiva e de garantia cumpre antes uma função legitimadora do Estado *jus puniendi*.

Surge então a figura do *juiz das garantias*. A propósito, observa Pacelli (2019, p. 91):

Registre-se que a Lei 13.964/19 inaugurou a figura do “juiz das garantias”, que atuaria justamente nesta fase pré-processual, exercendo o controle de legalidade da investigação, bem como a adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias na aludida fase, sempre a requerimento ou representação dos órgãos da persecução penal (Ministério Público e Polícia).

O que foi afirmado exige não apenas a separação das funções, mas também as de controle investigativo e as de ação penal, ou seja, exige a abolição da prevenção da concorrência, conhecida no Brasil como “juiz preventivo”. O *juiz das garantias* que intervém na fase de instrução não pode, então, participar do julgamento, por ser estruturalmente incompatível com o princípio da imparcialidade (RAMOS, 2020).

Nisto não há duas leituras possíveis: quem tomou conhecimento dos autos e dos autos na fase preliminar, decretando muitas vezes medidas restritivas de direitos fundamentais, não está em condições de agir como juiz imparcial no julgamento.

Como pode aquele mesmo magistrado, tempos depois, afastar tudo isso de sua memória e como se fosse mágica, numa espécie de “autolobotomia epistêmica”, proferir um julgamento desprovido de avaliações e procedimentos pretéritos? A resposta é muito óbvia. A prevenção impede a realização dos princípios da imparcialidade e da presunção de inocência, uma vez que não há como excluir as informações recolhidas na fase de instrução preliminar, tendo em vista que o próprio julgador já as conhece. Em última instância, neste esquema, a fase de investigação perde o seu caráter preliminar ou preparatório de fato e passa a ser o núcleo central da informação com base na qual a decisão de absolvição ou condenação é adotada no julgamento (ALÉSSIO e LEON, 2020).

Por outro lado, se quem atua na fase de investigação sabe que mais tarde terá que julgar a pessoa sob investigação (o juiz preventivo), como podemos garantir que

suas decisões nesta fase de investigação preliminar não sejam condicionadas pela inclinação natural do ser humano para tentar contar com as informações de mais qualidade para uma decisão a ser tomada no futuro? A única questão revela que a instituição do juiz preventivo também compromete a imparcialidade do mesmo juiz durante a fase de investigação e, o que é mais grave, são gerados incentivos que podem, sem dúvida, incliná-lo a produzir informações ou promover linhas investigativas destinadas a corroborar seus preconceitos e hipóteses.

A negação deste problema essencial, que está na base do papel do *juiz das garantias*, só pode se sustentar em uma espécie de fé quase religiosa na superioridade epistêmica do juiz profissional, ou seja, em uma atribuição consciente ou inconsciente ao modo de ser, agir e pensar no sistema inquisitorial (ALÉSSIO e LEON, 2020).

Em relação a este ponto, uma revisão da literatura, para além das complexidades em torno da distinção contemporânea entre os sistemas inquisitorial e acusatório, leva à conclusão de que a não produção judicial de provas é bastante pacífica ao nível teórico.

Andrade e Cavalcanti (2017) ao caracterizar o modelo acusatório, enfatizam a ideia de que o papel do juiz se limita aos termos da controvérsia suscitada pelo acusador e da resistência do réu, aparecendo o tribunal como “árbitro” entre as duas partes.

Ferrajoli (2002, pp. 451-452), por sua vez, afirma que:

Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões.

Então, referindo-se ao contraste entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, o autor italiano afirma essa dicotomia (FERRAJOLI, 2002).

É útil designar uma alternativa dupla: em primeiro lugar, aquela que existe entre dois modelos opostos de organização judiciária e, conseqüentemente, entre duas figuras de juiz e, em segundo lugar, aquela que existe entre dois métodos de investigação judicial igualmente opostos e, portanto, entre dois tipos de julgamento. Justamente qualquer sistema processual que conceba o juiz como sujeito passivo, rigidamente separado das partes e o julgamento como disputa entre iguais instaurado pelo Ministério Público pode ser denominado acusatório, ao qual cabe o ônus da prova (GRANDINETTI, 2020).

As ideias que vimos desenvolvendo dão conta de uma questão central que poderia ser considerada a pedra angular do papel do juiz das garantias. A missão deste ator processual na fase de investigação está diretamente ligada ao problema da

ponderação que deve ser realizada, “caso a caso, entre a eficácia e os fins legítimos do processo penal e a proteção das garantias individuais dos cidadãos acusados. Em uma sociedade civilizada, todos aspiramos viver em segurança, onde o Estado nos proteja daqueles que atentam contra os bens mais essenciais em que se baseia nossa convivência coletiva. No entanto, ao mesmo tempo, exigimos que o Estado respeite nossos direitos básicos ao processar os crimes para punir os responsáveis. Não queremos que esse estado prenda inocentes (mas não para que os verdadeiros culpados não fiquem impunes) (ANDRADE e CAVALCANTI, 2017).

Exige-se que os acusados de qualquer crime por mais grave que seja tenham sua dignidade respeitada e sua culpa provada em julgamento oral e público. Assim como não estamos dispostos a tolerar que outros cidadãos entrem em nossas casas impunemente, não estamos dispostos a aceitar levemente que o Estado pode invadir nossa privacidade e entrar em nossas casas ou quartos com policiais armados, sem que um juiz autorize por meio resolução fundada (GRANDINETTI, 2020).

6 O PAPEL E AS CRÍTICAS ACERCA DO JUIZ DAS GARANTIAS ESTABELECIDO PELO *PACOTE ANTICRIME*

Aprovado pelo Congresso e sancionado pelo Presidente Jair Bolsonaro, em 24 de dezembro de 2019, o denominado *Pacote Anticrime* elaborado pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, recebeu cortes e acréscimos à sua versão original.

Um dos pontos agregados ao texto durante sua passagem pela Câmara dos Deputados e mantido pelo presidente foi a figura do *Juiz das Garantias*. A emenda, proposta pela deputada Margarete Coelho (PP - PI) e pelo deputado Paulo Teixeira (PT - SP), determina a divisão de tarefas entre dois juízes no mesmo processo, de tal sorte que um magistrado é responsável pela condução e pelas decisões na fase de instrução - *juiz das garantias* - e outro pelo julgamento do processo.

Conforme dito alhures, atualmente no sistema acusatório do processo penal pátrio prevalece o objetivo de garantia dos direitos fundamentais do investigado, de tal sorte que a introdução de novas diretrizes no estatuto processual penal pelo denominado *Pacote Anticrime*, denota “clara tendência na adoção de institutos que privilegiam o sistema acusatório como é o caso do juiz das garantias” (DEZEM, 2021, p. 4).

Nucci (2020, p. 8) afirma que:

No universo do processo penal, introduziu a figura do juiz das garantias, que deverá fiscalizar qualquer investigação criminal, controlando a sua legalidade. Consolida-se o sistema acusatório, pois esse magistrado somente atuará até o recebimento da denúncia ou queixa. De-

pois, passará o processo às mãos de um juiz, que irá apreciar o mérito da causa. Veda-se qualquer iniciativa probatória por parte do juiz das garantias e os autos da investigação não poderão chegar às mãos, para conhecimento, do magistrado do mérito. Por outro lado, as provas periciais e as antecipadamente produzidas poderão ser analisadas por quem vai julgar a causa.

Por sua vez, no que diz respeito ao advento do *juiz das garantias*, Lima (2020, pp. 88-89) afirma que:

Era premente, portanto, a mudança da nossa legislação processual penal como um todo, para que sua estrutura fosse, enfim, adaptada à nova ordem constitucional e convencional, notadamente ao sistema acusatório (CF, art. 129, I) e à garantia da imparcialidade (CADH, art. 8º, n. 1). Afinal, não se pode mais compreender o processo penal como um mero instrumento necessário para o exercício da pretensão punitiva do Estado. Muito além disso, o processo penal há de ser compreendido como uma forma de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Para tanto, é dizer, “para que tenhamos um processo ético, limpo, sem surpresas, equilibrado, com regras definidas e conhecidas, e que valoriza o ser humano” este deve ser concebido como um processo de partes, em que as atividades de acusar e julgar estejam efetivamente distribuídas a diferentes personagens, estruturado sobre um procedimento em contraditório, cabendo às partes desenvolver a atividade probatória com o objetivo de convencer um julgador imparcial, a quem é dado decidir de maneira subjetivamente desinteressada.

É dentro desse contexto que surgem, então, os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19: o primeiro deles, após dispor que o processo penal terá estrutura acusatória, veda expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação; os demais passam a prever a figura do juiz das garantias, doravante responsável pelo controle da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, ficando impedido de mais adiante funcionar na instrução e julgamento do mesmo feito.

Nota-se que não se está inserindo nas atribuições/competências dos magistrados qualquer função de investigação criminal, pelo contrário, ao *juiz das garantias* confere-se o encargo de monitoração/fiscalização da legalidade da averiguação sistemática dos fatos, ou seja, os atos investigativos e a formalização dos elementos de informação que irão fornecer os subsídios necessários ao oferecimento da denúncia

continuam sob a atribuição da Polícia Judiciária e do Ministério Público, conforme previsão constitucional.

Nas palavras de Junqueira (2021, p. 143):

A alma do juiz das garantias, contudo, radica em seu impedimento para funcionar no processo (art. 3º-D, caput, do CPP): a competência do juiz das garantias cessa com a decisão de recebimento da denúncia ou queixa, na forma do art. 399 do CPP (art. 3º-C, caput, do CPP), sendo então a competência deslocada para o “juiz da instrução e julgamento” (pessoa natural diversa).

Não obstante o louvável instituto elaborado pelo *Pacote Anticrime*, consubstanciado em premissas e ideais eminentemente consagrados em um *Estado Democrático de Direito*, há de ser destacar que a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro não se revela apodíctica, pelo contrário, mostra-se muito mais inextricável e idílica do que parece.

Não se está aqui a dizer que o instituto não é adequado às circunstâncias fáticas atuais, não possui eficácia ou é incompatível com a sistemática processual e com a ordem constitucional vigente, posto que a existência de diferentes juízes (um na fase pré-processual/fase investigativa e outro para a fase posterior do processo) incontestavelmente proverá um condução mais eficaz e imparcial do processo, contudo, não se pode olvidar que pôr em prática a figura do *juiz das garantias* na atual organização do Estado, sem qualquer adequação legislativa de ordem constitucional e infraconstitucional fatalmente será obstaculizado por questões de natureza orçamentária, pessoal e estrutural.

O ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, idealizador do *Pacote Anticrime*, opôs-se à criação deste novo cargo apesar da aceitação do presidente, sob o argumento de que «não se pode retirar do julgamento um juiz que supervisionou toda a instrução e que entende o caso só porque teve contato com algumas provas ilícitas que excluiu do caso» (LOPES e RITTER, 2017).

A AMB (Associação de Magistrados do Brasil) por meio de Nota Pública - Juiz de Garantias se manifestou no seguinte sentido:

A AMB manifestou preocupação quanto à sanção desse instituto nos termos em que pretendido pelo Projeto de Lei 6.341/2019, sobretudo em virtude dos custos relacionados à sua implementação e operacionalização, afirmando em seu pedido de veto o potencial prejuízo à efetividade da jurisdição penal.

A Magistratura tem ciência do seu papel institucional e do seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, e no modelo atual, os magistrados já atuam de forma a controlar a legalidade do procedimento inquisitivo e salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.

Além disso, a implementação do instituto “juiz de garantias” depende da criação e provimento de mais cargos na Magistratura, o que não pode ser feito em exíguos trinta dias, prazo da entrada em vigor da lei. A instituição do “juiz de garantias” demanda o provimento de, ao menos, mais um cargo de magistrado para cada comarca — isso pressupondo que um único magistrado seria suficiente para conduzir todas as investigações criminais afetas à competência daquela unidade judiciária, o que impacta de forma muito negativa todos os tribunais do País, estaduais e federais. (AMB, 2019)

Segundo os críticos, um dos problemas para a implantação do novo posicionamento é o fato de, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, 20% das comarcas brasileiras terem apenas um juiz. Na prática, isso poderia resultar em mais gastos por parte do Poder Judiciário.

A medida é defendida como mecanismo para evitar decisões tendenciosas. O próprio ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, enquanto juiz federal responsável pelos processos oriundos da *Operação Lava Jato*, foi acusado de não ser imparcial depois que o site *The Intercept Brasil* vazou mensagens que trocou via *Telegram* com membros do Ministério Público.

O diálogo revelou um possível alinhamento entre o ex juiz e Procuradores da República na investigação e condenação de alguns réus. Sem a presença de um *juiz das garantias*, Moro foi responsável por investigar e condenar os réus da *Operação Lava Jato* - cuja suspeição fora suscitada perante o Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus*.

Por derradeiro, destaca-se que a presença de um *juiz das garantias* tem o escopo de fortalecer o processo democrático e impedir que a justiça criminal seja utilizada como ferramenta de opressão contra os mais vulneráveis da sociedade, tendo em vista que o Estado tende a abusar do poder opressor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise pormenorizada da temática proposta, deduz-se que, com o advento do *Pacote Anticrime*, restou materializado por meio da edição da Lei Federal nº 13.964/2019, a figura do *juiz das garantias*.

Procurou-se explicar a relevância do aludido instituto para o devido processo legal justo, ressaltando a importância de não só a separação funcional entre acusador e juiz, mas também a separação entre a função de controle da investigação e a função de julgamento.

Pensando na mudança transcendental que está por vir na estrutura processual penal pátria, a tarefa prioritária será a transformação cultural sem a qual qualquer

reforma jurídica, por mais profunda que seja, terá êxito. Isso exigirá um forte compromisso dos futuros *juízes das garantias*.

Em um Estado Democrático de Direito, o juiz não tem compromisso ou obrigação com as políticas de segurança pública ou as teses perfilhadas pelo Ministério Público. Os magistrados devem agir com imparcialidade, atendendo aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, avaliando os fatos apresentados no processo sob a ótica legal e sem paixões pessoais ou orientadas por comoções sociais.

É relevante entender que os processos, em especial o processo penal, por mais relevantes ou repugnantes que sejam, nunca podem ser explorados pelo Poder Judiciário para fins ou “lutas” por mais nobres que sejam que excedam o único fim que justifica a existência de jurisdição em Estado Democrático de Direito: decidir o caso de acordo com as normas legais aplicáveis à espécie e aos fins que se dirigem.

As novas mudanças provocadas no sistema de justiça criminal por meio do *Pacote Anticrime*, doravante denominado PAC, aprovado pela Lei nº 13.964/19, trouxe dentre elas um novo equilíbrio no sistema acusatório na estrutura processual penal vigente, ao trazer consigo uma figura verdadeiramente nova – a do *juiz das garantias* em nosso sistema jurídico (arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal) –, um instituto criado com o escopo de exercer uma fiscalização estrita, não apenas formal, mas principalmente substancial, no âmbito do processo penal, tutelando os direitos individuais por meio da fiscalização do fiel cumprimento dos direitos e garantias humanas fundamentais, bem como controlar a legalidade dos atos constritores aos direitos individuais do investigado durante a investigação criminal.

Sob esta ótica, o *juiz das garantias* tem a função de evitar e intervir em atos de violação dos direitos fundamentais dos investigados, tendo como principal tarefa o controle da atividade do Estado no que diz respeito à limitação desses direitos, visando à busca da verdade e um equilíbrio dos direitos individuais com os interesses da sociedade, ou seja, ser o guardião dos direitos e garantias asseguradas constitucionalmente.

Ademais, a atuação do *juiz das garantias* visa, sem dúvida, dar maior legitimidade ao processo penal, na medida em que visa salvaguardar os direitos e liberdades da parte mais vulnerável na relação processual onde se busca o *jus puniendi*, tornando-os verdadeiros limites legais, assegurados pelo da legalidade da investigação criminal.

Trata-se de um mister transcendental, cujo escopo primordial é realizar uma verdadeira projeção do texto constitucional na fase pré-processual (ou investigativa) com vistas a conferir uma efetiva eficácia dos princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos pela Constituição Federal.

Todavia, muito embora a figura do *juiz das garantias* se apresente como eficaz a salvaguarda a consolidação de direitos, a referida modificação legislativa inserida na

legislação pátria pela Lei nº 13.964/2019 (*Pacote Anticrime*) não se mostra suficiente à consolidação do equilíbrio do sistema acusatório *a prima facie*, eis que persistem na lei obstáculos atinentes a questões orçamentárias, estruturais e de quadro pessoal que devem ser sanados, a fim de garantir uma adequada implementação do sistema proposto.

Tanto é que a constitucionalidade do instituto fora questionada em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIs nº 6298, 6299 e 6300 e 6305), tendo o ministro Dias Toffoli, na condição de Presidente da Corte, concedido liminar para suspender a implementação do *juiz das garantias* pelo prazo de 180 dias.

Posteriormente, em nova decisão liminar concedida, do ministro Luiz Fux, suspendeu *sine die* a eficácia (*ad referendum* do Plenário) da implantação do *juiz das garantias* e de seus consectários (artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, do Diploma Adjetivo Penal), destacando que a concessão da aludida medida cautelar não teria o condão de interferir nem suspender os inquéritos e processos então em andamento.

Desta forma, não obstante a Lei nº 13.964/2019 tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, os citados dispositivos relacionados à nova figura do *juiz das garantias* ficaram suspensos *sine die*, ou seja, por prazo indeterminado, até que o Plenário do Tribunal Constitucional julgasse o mérito das ações que tem por finalidade a declaração de inconstitucionalidade de trechos da mencionada lei.

É salutar registrar que os argumentos que embasaram o *decisum* liminar o ministro Luiz Fux foram que: a) as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las, citando o art. 96 da Constituição Federal; b) a efetiva criação do juiz das garantias exigiria gasto por parte do Judiciário, sendo constatada a ausência de dotação orçamentária prévia para tanto, invocando o art. 169 da Constituição Federal.

Como se observa e como dito alhures, a suspensão da norma não decorreu do entendimento de que o instituto não é adequado às circunstâncias fáticas, não possui eficácia ou é incompatível com a sistemática processual e com a ordem constitucional vigente, pelo contrário, a interrupção temporária da aplicação dos dispositivos inerentes a *juiz das garantias* sucede-se por questões de ordem de organização judiciária e principalmente de dotação orçamentária prévia.

Posteriormente, prevaleceu a hermenêutica que nos parece mais equilibrada e sensata, cujo resultado se alcançou por meio do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 23/08/2023, após dez sessões de julgamento, decidindo pela validação do mecanismo e determinando o prazo de doze meses, prorrogável por mais doze, para implantação obrigatória pelo Judiciário de todo o país do instituto do juiz das garantias.

Desta forma, restou estabelecida a aceitação do *juiz das garantias* como parcela da estrutura do sistema acusatório do processo penal brasileiro, a qual a eficiente

atuação demanda que seja desempenhada com a devida separação entre o juiz fiscalizador da investigação criminal e o juiz do mérito da causa, fórmula cuja inobservância torna inviável a estrutura acusatória da forma como ela exatamente é desenhada.

REFERÊNCIAS

ALÉSSIO, Caroline Valéria Ananias; LEON, Maria Eduarda Bifi. **Dificuldades na implementação do “juiz das garantias” no Brasil**. ETIC-Encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020.

ANDRADE, Danielle Souza de; CAVALCANTI, Silva. **O juiz das garantias na investigação preliminar criminal**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 9, p. 15-40, 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4a Região (TRF4), Porto Alegre, n. 40, 2011.

ASSALIN, Bruno Bueno. **A problemática imparcialidade objetiva do juiz-instrutor e a figura do juiz das garantias prevista no projeto de lei 8045/2010**. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2018.

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). **Nota Pública - Juiz de Garantias**. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/12/AMB-nota-publica-juiz-garantias.pdf> Acesso 02 fev 2022.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso 02 fev 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso 02 fev 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.964, de 29 de abril de 2021**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 12 jun 2021.

DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da Tradição Inquisitória**. 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal** / Guilherme Madeira Dezem. – 7. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014

GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia—como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, v. 14, n. 51, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre**, v. 7, n. 40, 2018.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo; VIGO MILANEZ, Bruno Augusto. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias: breve olhar comparativo**. 2020. Disponível em <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5645/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso 02 fev 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Lei anticrime comentada** – artigo por artigo / Gustavo Junqueira [et al.]. – 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentário à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo** / Renato Brasileiro de Lima - Salvador: Editora *JusPodivm*, 2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva the imperative of the judge of guarantees for an impartial criminal jurisdiction: reflections from the theory of cognitive dissonance**. *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 8, n. 16, 2017.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Editora Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. 2013. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 78/87** - Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987-02-17.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Inquisitividade Estrutural e o Juiz de Garantias**. Direito Penal e Processo Penal, v. 2, n. 1, p. 35-49, 2020.

SAMPAIO, Joziel Rhis; ALVES, Layla Cordeiro Campos; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de. **Prerrogativas do advogado: a constante presença de hierarquia entre advogados e magistrados que fere a lei 8906/94 e o impacto no direito a ampla defesa**. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v1, 2022/01.

SCHNEIDER, Gabriela. **O Juiz das Garantias na reforma do CPP: uma análise frente ao sistema acusatório**. (Site IBCCRIM). Boletim IBCCRIM, v. s/v, p. s/p-s/p, 2011.

PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO PÚBLICO: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 736 DO CPC PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL TESTAMENTO PÚBLICO: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 736 DEL CPC PARA HACER CUMPLIR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA.

*Carolina Romano Brocco
Ricardo Goretti Santos*

RESUMO

O artigo 736 do Código de Processo Civil estabelece procedimento especial de jurisdição voluntária com o único objetivo de determinar o cumprimento de testamento público. No procedimento em questão, não há juízo de valor quanto às previsões testamentárias, sendo vedado aos interessados que suscitem questionamentos quanto ao conteúdo. O que há é, tão somente, a obrigatoriedade de iniciar um processo judicial para que o Estado-juiz faça uma análise do preenchimento dos requisitos formais do testamento submetido. Somente após mencionada decisão judicial é que se torna possível iniciar o inventário, seja litigioso ou consensual. O presente estudo analisa o conceito de acesso à justiça e busca verificar se a exigência em questão se coaduna com dita previsão constitucional, o que também é feito à luz da fé pública notarial e do panorama normativo de outros países da América. Assim, conclui-se com uma proposta de modificação do artigo 736 do CPC para a seguinte redação: “o testamento público não depende de prévio procedimento judicial de cumprimento e registro para surtir efeitos, podendo se realizar o inventário na via judicial ou extrajudicial. Parágrafo único: A presunção de veracidade do testamento público é relativa, podendo o interessado ou o Ministério Público propor ação judicial de nulidade do testamento público se necessário”.

Palavras-chave: acesso à justiça; testamento público; fé pública notarial; procedimento especial de registro e cumprimento de testamento.

RESUMEN

El artículo 736 del Código de Procedimiento Civil del Brasil establece un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria con el único objetivo de determinar el cumplimiento del testamento público abierto. En el procedimiento que nos ocupa no existe juicio de valor sobre las disposiciones testamentarias, quedando prohibido a los interesados plantear dudas sobre su

contenido. Lo que existe es, simplemente, la obligación de iniciar un proceso judicial para que el juez analice si se cumplen los requisitos formales del testamento presentado. Sólo después de la citada decisión judicial será posible iniciar el inventario, ya sea litigioso o consensual. El presente estudio analiza el concepto de acceso a la justicia y busca verificar si el requisito en cuestión se ajusta a dicha disposición constitucional, lo que también se hace a la luz de la fe notarial y del panorama regulatorio de otros países de América. Así, concluimos con una propuesta para modificar el artículo 736 del CPC con la siguiente redacción: El testamento público abierto no depende de un procedimiento judicial previo de cumplimiento y registro para surtir efectos, pudiendo realizarse el inventario judicial o extrajudicialmente. Parágrafo único: La presunción de veracidad del testamento público es relativa, pudiendo el interesado o el Ministerio Público iniciar acción judicial por la nulidad del testamento público si fuese necesario.

Palabras-clave: acceso a la justicia; voluntad pública; fe pública notarial; Procedimiento especial para el registro y ejecución de un testamento.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 736 do Código de Processo Civil estabelece um procedimento especial de jurisdição voluntária com o único objetivo de determinar o cumprimento de testamento público. No procedimento em questão, não há juízo de valor quanto às previsões testamentárias, sendo vedado aos interessados que suscitem questionamentos quanto ao conteúdo. O que há é, tão somente, a obrigatoriedade de iniciar um processo judicial para que o Estado-juiz faça uma análise do preenchimento dos requisitos formais do testamento submetido. Somente após mencionada decisão judicial é que se torna possível iniciar o inventário, seja litigioso ou consensual.

A necessidade de prévia submissão de testamento ao Judiciário faz sentido quando se trata de disposição de vontade formulada em instrumento particular, na medida em que, nessas situações, a lei exige que as testemunhas que compareceram no testamento sejam ouvidas em juízo para confirmar que foi feito sem coação. Já o testamento público é feito por tabelião de notas, dotado de fé pública, que tem a função de resguardar os aspectos formais do ato quando da sua lavratura.

Para lavrar o testamento público, o tabelião deve certificar a capacidade do testador e das duas testemunhas, as quais devem comparecer ao ato e acompanhar a sua leitura, na forma do art. 1.864 do Código Civil. Ademais, o tabelião, profissional do direito que é, buscará orientar sobre os limites das disposições testamentárias, mas isso diz respeito ao conteúdo do documento, que sequer é analisado no procedimento especial do art. 736 do CPC.

Assim, exigir que o instrumento público seja submetido ao prévio procedimento especial em comento, apenas para que o juiz ordene o seu cumprimento, chanceando que a forma foi respeitada, vai na contramão do sentido material atribuído ao

direito fundamental de acesso à justiça, que compreende a via processual como forma estatal de gestão de conflitos, sem excluir outras vias de solução alternativas ao instrumento estatal, como mediação, arbitragem e processamento perante serventias extrajudiciais.

Essa discussão pode parecer irrelevante para outros países que compõem a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (RED-IDD), a exemplo do México e do Peru, cujas legislações valorizam o testamento público e dispensam a sua submissão ao crivo judicial como requisito de procedibilidade dos inventários, permitindo seu cumprimento integralmente perante o tabelionato de notas. Todavia, essa é a realidade do sistema jurídico brasileiro, que precisa passar por atualização normativa.

Desse modo, o presente artigo busca atribuir resposta para o seguinte problema de pesquisa: a previsão de um procedimento especial para cumprimento de testamento público, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Civil, se coaduna com o direito fundamental de acesso à justiça?

A resposta ao problema de pesquisa passa por abordar os conceitos de acesso à justiça, bem como as especificidades do procedimento de jurisdição voluntária delineado no art. 736 do CPC, além de apontar a situação normativa em outros países que compõem a América Latina para, ao final, apresentar uma proposta de procedimento.

2 ACESSO À JUSTIÇA: ALCANCE CONCEITUAL E SUA IMPLICAÇÃO COM AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.

Aqueles que estudam a temática do acesso à justiça certamente conhecem a obra homônima da lavra de Mauro Cappelletti e Brian Garth. O que, por vezes, não é igualmente difundido é o Projeto Florentino, do qual dito livro é fruto e que teve Cappelletti como diretor.

Em *Processo, Ideologias e Sociedade*, Cappelletti (2010, p. 71) explicita que o Projeto Florentino, concluído em 1979, foi um projeto de viés internacional que envolveu mais de cem pesquisadores de diversas especialidades, tais como juristas, sociólogos, economistas, antropólogos e outros, para analisar o acesso à justiça em cerca de trinta países.

A pesquisa perquiriu o acesso à justiça à luz de paradigmas diferentes, eis que a noção do que seria acesso à justiça é uma na perspectiva do Estado liberal e outra no Estado de bem-estar social que, na pesquisa, foi denominado de “democracia moderna” (Cappelletti, 2010, p 72).

É cediço que o conceito de paradigma advém da doutrina de Thomas Khun (1970), expressão que pode ser entendida tanto do ponto de vista científico quanto do

sociológico. Para o autor, os paradigmas se modificam por revoluções e rupturas do status quo ante. Em síntese, consideraremos o paradigma como o conjunto de concepções que num dado momento histórico e compartilhado por uma maioria.

Empregando a noção de paradigma ao Direito Constitucional, Menelick de Carvalho Netto (2000, p.4) propõe que, na modernidade¹, a temática seja analisada do ponto de vista do paradigma do Estado de Direito (liberal), do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito.

No paradigma do Estado de Direito, liberal, o mote era um estado mínimo, que não intervisse na esfera de direitos dos cidadãos, salvo por expressa previsão legal “quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver suas propriedades” (Carvalho Netto, 2000, p. 7). A igualdade, nesse contexto, era meramente formal.

Permitir o acesso à justiça no paradigma liberal era apenas abrir as portas do Judiciário, tratando a todos da mesma forma, sendo que o juiz era mero “boca da lei”. Vigorava a ideia de que “embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção”, afinal, ditos direitos seriam anteriores ao próprio Estado, que “permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática” (Cappelletti; Garth, 1998, p. 9)

Já no paradigma do Estado do Bem-Estar Social, há ampliação da esfera de atuação do próprio Estado, não mais visto como mínimo, e “o ordenamento ganha um novo grau de complexidade” (Carvalho Netto, 2000, p. 9).

Essa intervenção mínima não promovia o acesso real das pessoas ao sistema jurídico, por exemplo, por inexistir Defensoria Pública, justiça gratuita, entre outros obstáculos. No Brasil, em que pese previsão na Constituição de 1934 de que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária” (art. 113, 32), somente com a Lei Federal n. 3.434 de 1958 que a Defensoria Pública foi estruturada efetivamente.

Nos dois paradigmas anunciados, o Projeto Florentino apontou obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos, “que tornam difícil ou impossível, para muitos, o uso do ‘sistema jurídico’ e, consequência, a efetividade de sua ‘liberdade’ (ou seja, o fenômeno da chamada ‘pobreza jurídica’ ou *legal poverty*)” (Cappelletti, 2000, p. 72).

Os contornos da problemática também se acirram no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que novos direitos passam a ser tutelados, como os coletivos, difusos, em que os princípios ganham papel de destaque nas constituições e força normativa.

1 Antes, na pré-modernidade, “o Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda a sociedade, não existia (...)”; CARVALHO NETTO, 2000, p. 5.

Então, quando se trata de acesso à justiça, de imediato deveria seguir-se a pergunta “justiça para quem?”, pois a dimensão social do direito deve ser levada em consideração para efetivação dos preceitos fundamentais (Cappelletti, 2000, p. 73).

E são problemas que não se restringem a um único país, mas de ordem global. O Projeto Florentino buscou mapear os problemas, as práticas e as soluções, a começar com um primeiro volume, denominado “*Access to Justice: a World Survey*”, composto de relatórios de 25 países diferentes, sendo oito da Europa Ocidental; três da Europa Oriental; quatro da América Latina; além de Estados Unidos, Japão, China, Austrália, Indonésia, Canadá, Israel e União Soviética² (Cappelletti, 2000, p. 75). O levantamento empírico se concentrava em informações sobre custo, demora e obstáculos da justiça, além de identificar os mecanismos que os países prescrutados adotavam em vias de torná-la mais acessível (Cappelletti, 2000, p. 76).

Os obstáculos a serem transpostos foram apurados por Cappelletti e Garth (1988) como sendo, sinteticamente, a) os custos judiciais, que envolvem honorários advocatícios às vezes imprevisíveis, notadamente nos Estados Unidos e Canadá, em que a cobrança é feita por horas trabalhadas, sendo que o tempo é outro fator que onera e pressiona os economicamente frágeis. b) possibilidade das partes, que vai desde uma disparidade financeira até a experiência na atuação judicial, vantagem dos litigantes habituais; c) problemas especiais dos interesses difusos, que requerem representatividade especial.

À guisa de conclusão preliminar, os obstáculos são interrelacionados, de modo que não é possível apenas eliminar as barreiras ao acesso, e eventuais mudanças poderiam até agravar ou trazer novas barreiras. Exemplo disso, se o custo com advogados é alto (obstáculo a), eliminar a exigência de participação em todos os casos poderia aumentar a disparidade entre as partes que litigassem sozinhas em face de um litigante habitual (obstáculo b).

Em seguida, Cappelletti e Garth (1988, p. 35) identificaram possíveis soluções, justamente a partir das experiências de cada país pesquisado. A primeira, voltada ao sistema de assistência jurídica gratuita aos necessitados. Muitos países previam o atendimento gracioso por advogados, no denominado sistema *Judicare*, em que cabia ao interessado buscar um advogado particular que seria, depois, pago pelo Estado, como ocorre na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha. A segunda, voltada para representação dos interesses difusos, que passaram a ser mais comuns na sociedade de consumo, especialmente com os direitos aos consumidores e ao meio ambiente.

Foram percebidas tendências comuns e apresentada propostas do tipo reforma dos procedimentos judiciais, júízo arbitral, conciliação e incentivos econômicos como

2 A pesquisa foi realizada nos anos 70, quando ainda havia União Soviética.

o “apenas o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta. A penalidade é o pagamento pelo autor dos custos de ambas as partes” (Cappelletti; Garth, 1998, p. 88/89), criação de tribunais de pequenas causas, mecanismos especializados para garantir novos direitos.

Em outros volumes do Projeto Florentino, pesquisadores com especialidade em sociologia, psicologia e economia exploraram formas de solução de controvérsias alternativas ao Poder Judiciário. O segundo volume, intitulado *Access to Justice: Promising Institutions*, revelou estudos de campo em diversos países, com foco em categorias de especial interesse. Assim, foram averiguadas soluções que os países davam aos problemas de menor valor econômico, como as demandas de consumidores; utilização da conciliação como meio de solução de controvérsias; centros de mediação e estruturação de juízes para profissionais (Cappelletti, 2000, p. 78).

Já o quarto volume da série, *Access to Justice: The Anthropological Perspective (Patterns of Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law)*, aponta “a contribuição que pode surgir do estudo dos mecanismos informais em especial a mediação e da conciliação, para a resolução das controvérsias nas sociedades consideradas como primitivas” (Cappelletti, 2000, p. 81-82). Na sociedade atual, mesmo que as relações sejam mais estáveis, no sentido de que o consumidor fica constantemente vinculado aos mesmos fornecedores, há valorização acentuada das “formas de justiça coexistenciais e de conciliação, mais do que contenciosas e estritamente legais” (CAPPELLETTI, 2000, 82)

Quase 50 anos depois, temos no Brasil alguns avanços em relação ao acesso à justiça, haja vista que foram criados os Juizados Especiais, que não exigem o pagamento de custas processuais e nem a presença de advogado, a depender do valor da causa. Houve um aparelhamento maior das Defensorias Públicas Estaduais e da União. Há a previsão de procedimentos especiais para a tutela dos direitos difusos e coletivos, bem como legitimados para representar os interessados.

Todavia, no Brasil, ainda é clara uma crise de administração da Justiça, expressão utilizada por Santos (2005, p. 165) para designar a situação de colapso dos sistemas judiciais de resolução de conflitos, que dificulta ou inviabiliza a efetivação do direito de acesso à justiça em diferentes países. Logo, pensar o direito fundamental de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário não é suficiente no Estado atual.

A Constituição Federal garante o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV. Em sua literalidade, o dispositivo constitucional pode conduzir ao entendimento de acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário. Mas, diante de um cenário de crise de administração da justiça evidenciada nos relatórios

Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023), bem como por causa das possibilidades diversas de se solucionar questões com justiça, não parece ser cabível essa interpretação restritiva.

Estabelecer um conceito para a expressão “acesso à justiça” não é tarefa simples, como já anteciparam Mauro Cappelletti e Brian Garth (1988, p. 8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos

Sob o prisma das finalidades acima anunciadas por Cappelletti e Garth, é necessário compreender o acesso à justiça de forma mais ampla. Afinal, existem outras maneiras de produção de resultados justos que podem ser alcançados de forma igualmente acessível a todos.

Ademais, caso o Estado não exerça a jurisdição de forma efetiva, haverá um descumprimento do preceito constitucional, o que pode gerar descrédito da população nesta atividade, gerando situação extremamente gravosa. Nessa linha, preceitua Kazuo Watanabe (2009, p. 111):

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção da tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, o acesso a uma ordem jurídica justa.

O conceito de acesso à justiça que orienta o presente estudo tem sentido amplo, ou seja: não condiciona a efetivação do direito fundamental em questão à provocação da tutela jurisdicional do Estado, no âmbito do processo judicial:

É o direito fundamental a uma tutela ou prestação com potencial para consagração de uma ordem de valores, direitos e interesses essenciais para o indivíduo que se encontre em situação de lesão ou ameaça a direito. Um direito que pode ser consagrado mediante o percurso de diferentes vias, desde que efetivas (que pacifiquem o conflito), tempestivas (que produzam resultados em um prazo razoável) e adequadas (que atendam às particularidades do caso concreto). (Goretti, 2021, P. 92-93)

Na acepção mais ampla, acesso à justiça seria “meio socialmente legítimo para se manter ou alcançar direitos” (Sardinha, 2021, p. 28), podendo ser alcançado por não apenas quando se ingressa com uma ação judicial.

A consagração do acesso à justiça na perspectiva ampliada, que orienta o presente estudo, conforma a efetivação de direitos (propriedade, personalidade entre outros), garantias (razoável duração do processo e segurança jurídica), princípios (dignidade da pessoa humana) e valores (justiça).

Na busca por efetivação plena do preceito constitucional em debate, as serventias extrajudiciais despontam como protagonistas na concretização de medidas de desjudicialização. Esse movimento claramente ficou marcado com a edição de Lei 11.141 de 2007, que autorizou a realização de inventários extrajudiciais, dentre outras permissões, medida essa que já é amplamente conhecida da sociedade. Desde a vigência da lei, já foram realizados dois milhões de inventários extrajudiciais, sendo 213.728 somente no ano de 2022, último ano da pesquisa “Cartório em números” (ANOREG, 2022, p. 62).

Pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em 2018 indicou que a atuação notarial nos atos decorrentes da Lei 11.441/2007 gerou uma economia de quase R\$ 5 bilhões de reais aos cofres públicos até 2018 (ANOREG, 2022, p. 51).

Já o número de testamentos públicos no Brasil cresce anualmente, como também revela a pesquisa Cartório em Números, em que se verifica que a quantidade de atos dessa natureza em 2006 foi de 18.705, ao passo que em 2022 foram 33.685, um crescimento de cerca de 80%.

Quadra destacar que as serventias extrajudiciais não são subsidiadas e não dependem de receita pública para seu funcionamento. À luz do que dispõe o art. 236 da Constituição Federal de 1988, a atividade é exercida em caráter privado e a administração do serviço é realizada pelo delegatário que recebe a atribuição após concurso público. Com efeito, o Estado fiscaliza, mas não custeia os cartórios. Para exercer a atividade fiscalizatória, é o Estado quem recebe parcela dos valores pagos pelos usuários dos serviços, geralmente por meio de fundos de âmbito estadual.

Notadamente, nos procedimentos que a lei estipulou para jurisdição voluntária, a desjudicialização é medida salutar, que deve ser estimulada e ampliada, pois garante acesso à justiça. Desse modo, é necessário pensar em ampliar as medidas de desjudicialização.

Portanto, à luz das finalidades do acesso à justiça propaladas na doutrina acima comentada, as políticas de desjudicialização em geral, bem como as recentes medidas advindas da Lei n. 14.138/2022 asseguram a efetivação do direito constitucional de acesso à justiça.

3 TESTAMENTO PÚBLICO E FÉ PÚBLICA NOTARIAL E O PROCEDIMENTO DO ART. 736 DO CPC.

Como cediço, o testamento é um ato solene em que a determinada pessoa formaliza uma declaração de vontade do que deseja que ocorra após sua morte, podendo conter previsões patrimoniais e não patrimoniais. Atualmente, no Brasil, há testamentos ordinários, a saber, o público, o cerrado e o particular (art. 1.862, CC) e testamentos especiais, marítimo, aeronáutico e militar (art. 1.886, CC).

Cada uma das modalidades tem requisitos próprios. O testamento público é redigido pelo tabelião de notas ou seu substituto legal, em conformidade com as declarações do testador. Após a lavratura, é lido ao testador, na presença de duas testemunhas para que, em seguida, seja por tais pessoas assinado e eternizado no livro de notas da respectiva serventia, tudo conforme o artigo 1.864 do Código Civil. Ainda, incumbe ao delegatário informar a existência de testamentos à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), para que, quando o testador venha a óbito, os interessados solicitem uma certidão que ateste a existência ou não do documento público, viabilizando a obtenção deste na serventia correlata, para seu posterior cumprimento.

As demais modalidades de testamento possuem outros requisitos, sendo que no particular o número de testemunhas sobe para três, que deverão ser ouvidas em juízo para confirmar que o testador se manifestou com liberdade e autodeterminação, corolário dos arts. 1.876 e seguintes do Código Civil.

Prima facie, a forma é crucial na determinação da validade do testamento. Como aduz Pontes de Miranda (1972, p. 279 e 284), a exigência das formalidades não tem por objetivo prejudicar, dificultar a realização do ato, ao contrário, busca proteger a vontade do testador para que se garanta que o que expressou foi espontâneo e sem coação. Alerta, todavia, que a interpretação do texto deve ser feita de modo a não sacrificar a vontade do testador.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem iterativa jurisprudência no sentido de que o excessivo rigor formal deve ser temperado se o que a forma busca preservar tiver sido assegurado. Esclareça-se, o testamento é válido desde que a capacidade cognitiva do testador tenha sido declarada e sua manifestação de vontade tenha sido livre e sem coação. Os demais aspectos formais podem vir a ser superados para garantir o cumprimento da vontade, a exemplo do que restou decidido no Recurso Especial nº 1.677.931/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (DJe de 22/8/2017).

Contudo, as decisões dos Tribunais Superiores que tendem a confirmar o testamento, pautam-se em testamentos públicos, na medida em que essa certificação da capacidade do testador e da livre manifestação de vontade é feita por tabelião, dotado de fé pública.

As normas do Código Civil, portanto, conferem tratamento diverso para a confirmação do testamento público e do particular. Enquanto no público não há exigência de oitiva das testemunhas que compareceram ao ato, no particular essa confirmação em juízo é necessária.

Afinal, o notário é profissional do direito dotado de fé pública, com atribuição de formalizar juridicamente a vontade das partes (Lei 8.935/1994, artigos 3º e 6º). Assim, quando o ato é praticado ante o tabelião, há uma presunção de que o testador possui aptidão naquele momento, estando apto a compreender o que está sendo praticado e que tem liberdade em fazê-lo (Oliveira, 2018, p. 506).

Eduardo J. Couture (2021) realizou profundo estudo sobre o conceito de fé pública notarial e asseverou, em tradução livre, que é a qualidade própria que a intervenção notarial confere aos instrumentos expedidos no exercício regular dessa função (Couture, 2021, p. 48). E que a eficácia social da fé pública é a de consolidar o direito colocando-o fora da incerteza (Couture, 2021, p. 110).

Destarte, a fé pública notarial, por si só, é atributo suficiente a garantir que os requisitos essenciais à validade do testamento estão atendidos: a capacidade do testador e a sua liberdade de testar. Afinal, esses são os elementos do testamento público e que, se certificados, estão acobertados pela fé pública notarial.

Parece um contrassenso exigir que o ato notarial tenha prévio registro judicial para que seja executado. No entanto, é justamente essa a previsão do art. 736 do Código de Processo Civil “qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 735”.

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária cuja única função é de verificar se o testamento público atende os requisitos de validade, sendo vedado ao magistrado se imiscuir no conteúdo da manifestação. É dizer, se há fé pública notarial, há presunção relativa de que o testamento público é formalmente idôneo.

A lógica deveria ser invertida. Justamente por existir presunção decorrente da fé pública, somente caso um dos interessados suspeitasse da invalidade do documento é que deveria buscar o Judiciário. O mesmo em relação ao conteúdo, que pode ser questionado em juízo, mas não no procedimento de jurisdição voluntária do artigo 736 do CPC.

Ainda em Couture (2021, p. 97), o instrumento notarial deve ser entendido como autêntico, apontando para uma antinomia que o documento de lavra de profissional legalmente habilitado e dotado de fé pública tivesse o mesmo valor do que um documento particular, pois o ato do notário “*es auténtico em razón de la certeza que tiene la fe y firma son atributos propios de la función notarial*”. Assim, “*el instrumento notarial tiene, en consecuencia, en razón de la investidura y de la índole de la aseveración, la suposición de verdad en cuanto al otorgamiento*” (Couture, 2021, p. 98).

Esse entendimento prevalece em muitos países da América Latina, em que a ação judicial para cumprimento de testamento existe para modalidades de testamento privado, especial ou cerrado. Segue a previsão normativa em três dos países que integram a Red-Idd:

País	Previsão Legal
Peru	O Código de Processo Civil do Peru expressamente dispensa a abertura em juízo do testamento público aberto, exigindo o procedimento para o particular e o cerrado. Eis a previsão: Art. 658.- (TESTAMENTO ABIERTO). El testamento abierto otorgado ante notario y testigos que corriere protocolizado en los registros notariales no necesitará comprobación para surtir efectos legales. – Código de Procedimiento Civil – Peru/1975 ³
México	Há previsão de procedimento de registro de testamento cerrado, privado, particular, militar ou feito em país estrangeiro, nos artigos 783 e seguintes do Código Nacional de Procedimientos Civiles Y Familiares/2023, mas não há previsão para o testamento público aberto.
Paraguai	O Código Civil prevê a abertura judicial do testamento hológrafo (escrito integralmente pelo testador, particular portanto) ou cerrado, mas não faz essa exigência para o público. Código Civil: Art.2668.- El testamento ológrafo, y el cerrado, deben ser presentados tales como se hallen, al juez del último domicilio del testador, con la explicación de la causa en virtud de la cual se halla en poder de quien lo exhiba. Todo el que tuviere interés legítimo podrá pedir al juez que ordene la presentación del testamento y proceda a la apertura del cerrado. – Código Civil (Ley 1183) ⁴ Art.746.- Testamentos ológrafos y cerrados. Para la apertura y protocolización de testamentos ológrafos y cerrados se procederá en la forma establecida por el artículo 2667 y siguientes del Código Civi (Ley 1337) ⁵

Fonte: elaborada pelos autores

Esse panorama é tão consolidado nos países da América que na 110ª sessão plenária da Comissão de Assuntos Americanos da União Internacional do Notariado a Comissão de Direitos Sucessórios debateu e aprovou o seguinte enunciado:

La comisión decide que no se debe exigir previa aprobación judicial para cumplimiento del testamento publico abierto. Se sugiere que se emita una regulación dentro del alcance del CAAM para que las leyes de los países miembros excluyan el requisito de autorización judicial

3 Em tradução livre: O testamento aberto outorgado perante tabelião de notas e testemunhas não precisa de comprovação judicial para surtir efeitos.

4 Testamento hológrafo é, nesse caso, expressão que designa o instrumento escrito pelo próprio testador, particular portanto. Em tradução livre: O testamento hológrafo e o cerrado devem ser apresentados perante o juízo do último domicílio do testador com a explicação da causa em virtude da qual está no poder daqueles que a exibem. Quem tiver interesse legítimo pode pedir ao juiz que ordene a apresentação do testamento e proceda à abertura do fechado. – Código Civil (Lei 1.183).

5 Em tradução livre: Testamentos escritos e fechados. Para a abertura e formalização de testamentos escritos e encerrados, será realizada na forma estabelecida nos artigos 2.667 e seguintes do Código Civil (Lei 1.337).

previa para el cumplimiento de testamentos públicos abiertos y se incluya como competencia notarial la comprobación de aspectos formales de testamento cerrado para su ejecución⁶.

À vista do exposto, resta claro que o procedimento de abertura de testamento, previsto no art. 736 do CPC não se compatibiliza com o testamento público, com a fé pública notarial e com o panorama de experiências de outros países da América.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça deve ser compreendido de forma ampla, de modo que há realização de justiça por outros meios que não apenas o processo judicial. Assim, impor um procedimento de jurisdição voluntária para registro e cumprimento de testamento público está na contramão da ideia de efetivação do preceito constitucional em comento.

O testamento público é feito por tabelião de notas, dotado de fé pública, que dá ao instrumento presunção de legalidade. Assim, presume-se que a capacidade do testador estava presente quando da sua lavratura, bem como que o fez livre de coação.

Há uma orientação de âmbito interamericano no sentido de adequação das legislações dos países da América para que excluam a necessidade de prévia chancela judicial para cumprimento de testamentos públicos. Em verdade, isso é o que já ocorre na maioria dos países.

Desse modo, o procedimento que está hoje retratado no artigo 736 do CPC não se coaduna com o sistema de justiça posto, precisando ser aprimorado. Para tanto, sugere-se alterações à proposta, para que passe a ser da seguinte forma:

Art. 736: O testamento público não depende de prévio procedimento judicial de cumprimento e registro para surtir efeitos, podendo se realizar o inventário na via judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único: A presunção de veracidade do testamento público é relativa, podendo o interessado ou o Ministério Público propor ação judicial de nulidade do testamento público se necessário.

Essa proposta compatibiliza os consectários jurídicos de cada um dos elementos mencionados no presente artigo, pois efetiva o acesso à justiça, reafirma a fé pública notarial e evita a litigação desnecessária.

6 Tradução livre: A comissão decide que a aprovação judicial prévia não deve ser necessária para o cumprimento da vontade pública aberta. Sugere-se que seja editada uma regulamentação no âmbito do CAAM para que as legislações dos países membros excluam a exigência de autorização judicial prévia para a celebração de testamentos públicos abertos e a verificação dos aspectos formais de um testamento fechado seja incluída como medida competência notarial para a sua execução. A orientação foi lida na última sessão pública da CAAM, em novembro/2023, ainda não publicada.

REFERÊNCIAS

ANOREG. **Cartório em Números**, 4ª edição: 2022. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/12/Carto%CC%81rios-em-Nu%CC%81meros-Edic%CC%A7a%CC%83o-2022.pdf Acesso em 19/06/2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GHART, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988. 168p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Trad. Hermes Zanetti Junior. Porto Alegre:Ed. Fabris, 2010.

CARVALHO NETO, Menelick. A Hermeneutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. Bookseller: Campinas, 1998.

CNJ. **Justiça em Números**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em 19/06/2023.

COUTURE, Eduardo J. **El concepto de fé publica**. Teoria del Derecho Notarial. Lima, Peru: Gaceta Notarial, 2021.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

KUHN, TOMHAS S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1970. P. 257

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**, 1ª edição, revista, atualizada e complementada, Campinas/SP: editora Millennium, 2000

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, Vol. 56.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. 348 p

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Del Rey: Belo Horizonte. 2019. 422p.

PARTE 9
TECNOAUTORITARISMO,
CIBERVIGILANTISMO E DEMOCRACIA

COMPARTILHAMENTO DE DADOS NO PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STF NA ADI 6649 E NA ADI 6529

DATA SHARING IN THE PUBLIC SECTOR: ANALYSIS OF THE STF'S POSITION IN ADI 6649 AND ADI 6529

Taina Daniele Werle¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito à Proteção de Dados e o Poder Público; 3. Tecnoautoritarismo, Concentração Informacional e Compartilhamento de Dados; 4. Aspectos da ADI nº 6529; 5. Aspectos da ADI nº 6649; 6. Considerações Finais.

RESUMO

Os avanços tecnológicos e a globalização elevaram a importância dos dados na sociedade atual e, também, no âmbito da administração pública. Nesse contexto, é necessário avaliar os riscos do compartilhamento de dados no poder público, considerando, inclusive, que o tecnoautoritarismo possui como fenômeno a concentração informacional. A pesquisa tem como objetivo principal analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao compartilhamento de dados no poder público, com foco na ADI nº 6649 e na ADI nº 6529. Pelo estudo conclui-se que o compartilhamento irrestrito de dados não é aceitável e que limites são necessários para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: privacidade; administração pública; compartilhamento de dados; tecnoautoritarismo.

ABSTRACT

Technological advances and globalization have increased the importance of data in today's society, including within the public administration. In this context, it is necessary to assess the risks of data sharing in the public sector, considering that techno-authoritarianism involves the phenomenon of informational concentration. The main objective of the research is to analyze the Supreme Federal Court's position regarding data sharing in the public sector, with a focus on ADI 6649 and ADI 6529. The study concludes that unrestricted data sharing is not acceptable, and limits are necessary to protect citizens' fundamental rights.

Keywords: privacy; public administration; data sharing; techno-authoritarianism

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Tributário pela FGV. E-mail: werle.taina@edu.pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/956764875528022>. Trabalho realizado com apoio da PUCRS através do PROEX – CAPES.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos e a globalização elevaram a importância dos dados, passando estes a ser considerados ativos de valor (SZAJNBOK, 2021, p. 177) e, em uma sociedade informacional, elementos centrais para o desenvolvimento econômico (BIONI, 2021, p. 3). Sabe-se que o poder público tem se utilizado de dados para a consecução da sua finalidade e atribuições, a discussão se apresenta, contudo, pelas mudanças verificadas na forma de coleta e tratamento (WIMMER, 2021, p. 282; CABRAL, 2021, p. 12), bem assim pela possibilidade – e riscos – da realização de compartilhamento irrestrito de dados entre órgãos da administração pública.

Assim, é necessário averiguar o tema do compartilhamento de dados no poder público, diante, também, da possibilidade da sua realização integral promover a ampliação do poder estatal sobre o cidadão, trazendo discussões, inclusive, sobre o tecnoautoritarismo. Nesse sentido, questiona-se como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posicionado nos casos que abordam o tema, mais especificamente, na ADI nº 6649 e na ADI nº 6529.

A presente pesquisa tem o objetivo geral de verificar o posicionamento do STF sobre o compartilhamento de dados no poder público, conforme ADI nº 6649 e ADI nº 6529. Para atingir o objetivo geral, a pesquisa possui como objetivos específicos (i) revisar a bibliografia sobre o direito à proteção de dados e sua relação com o poder público, (ii) revisar a bibliografia sobre o tecnoautoritarismo e a necessidade de limitação ao compartilhamento de dados na administração pública; (iii) analisar a ADI nº 6649, julgada em conjunto com a ADPF nº 695; e (iii) analisar a ADI nº 6529. Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como procedimentos, foram adotados o histórico e o comparativo. O método interpretativo foi sistemático. Ademais, a pesquisa possui natureza teórica e objetivo descritivo, desenvolvendo-se pela utilização de fontes bibliográficas e documentais, bem assim pela análise dos casos.

Sobre a estrutura do presente trabalho, primeiramente será abordado o direito à proteção de dados dos cidadãos. Em seguida, será abordada a relevância da limitação ao acesso e ao compartilhamento de dados em linha com o tema do tecnoautoritarismo. Após, será exposta a ADI nº 6529 e, na sequência, será feita a exposição da ADI nº 6649, julgada em conjunto com a ADPF nº 695. Por fim, serão apresentadas as considerações finais, decorrentes da análise feita, sobre o posicionamento do STF no que toca ao assunto do compartilhamento de dados no poder público.

2 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E O PODER PÚBLICO

Ao longo da história, os Estados têm coletado uma vasta quantidade de dados sobre os cidadãos, devido às suas diversas responsabilidades e funções. Essas informações são usadas para a prestação de serviços públicos e, teoricamente, para planejar a entrega mais eficaz de serviços essenciais à sociedade, além de executar políticas públicas de maneira mais apropriada (ARAUJO, ZULLO e TORRES, 2020, p. 242).

Contudo, a disseminação global das TICs e o aumento constante na capacidade de conservação e armazenamento de dados por meio de instrumentos digitais introduziram ao Estado uma nova visão sobre o potencial de gestão, economia e direcionamento das atividades públicas (CRISTÓVAM e HAHN, 2020, p. 7), trazendo a captação, o tratamento e o uso de dados para outro patamar. Sabe-se que a administração pública detém uma das maiores quantidades de dados em todo o mundo, que circulam constantemente, formal ou informalmente. No passado, a coleta, (re)processamento e, por vezes, o descarte desses dados costumavam ocorrer sem chamar tanta atenção, porém, essa situação tem se alterado significativamente ao longo da última década (CRISTÓVAM e HAHN, 2020, p. 4).

Referido aumento da preocupação com os limites de captação e uso de dados pelo poder público está alinhada, também, com a ideia de que “a proteção às esferas da privacidade e da intimidade são elemento central e irrenunciável em uma ordem democrática” (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 26).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que foi publicada em 2018 e entrou em vigor, em sua integralidade, em 2021, trouxe previsão expressa de um direito - na época formalmente previsto somente em norma infralegal - à proteção de dados pessoais, com o objetivo de defender direitos fundamentais como a liberdade a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2018).

A doutrina, por sua vez, antes mesmo da inclusão, pela Emenda Constitucional (EC) 115/2022, do direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, como direito “formalmente” fundamental, já defendia e reconhecia a sua existência como um direito fundamental implícito, dada a sua materialidade.

Ingo Sarlet destacava, ao tratar sobre o tema na época, que diante da ausência de uma previsão expressa como um direito fundamental explicitamente autônomo no texto da Constituição Federal (CF), o direito à proteção dos dados pessoais podia ser vinculado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à liberdade, bem como os direitos à privacidade e à intimidade (SARLET, 2021, p. 18).

Já Danilo Doneda (2018, p. 103) defendia que o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental decorria dos riscos que o trata-

mento automatizado apresenta para a proteção da personalidade à luz das garantias de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, em conjunto, também, com a salvaguarda da vida privada e da intimidade.

Além disso, o STF também se posicionou sobre o assunto no julgamento da ADI nº 6387, que, aliás, tratava sobre o compartilhamento de dados de empresas de telefonia com órgão da administração pública, mais precisamente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (BRASIL, 2020). Naquela oportunidade, restou reconhecida a proteção de dados e a autodeterminação informativa como direitos fundamentais autônomos, bem como mencionou-se que, na medida em que relacionados à identificação de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais devem observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais, que asseguram não só a liberdade individual, mas também a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2020).

Fato é que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, com a aprovação da EC 115/2022, a proteção de dados pessoais passou a ter não apenas o amparo conferido pela LGPD, mas, adicionalmente, o caráter de direito, materialmente e formalmente, fundamental, estando prevista como tal no artigo 5º, LXXIX, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Retornando à questão da normatização infralegal, Ana Frazão (2019, p. 34) destaca que a LGPD entra em cena para resgatar os direitos básicos dos titulares dos dados e, de certa forma, frear práticas abusivas utilizadas pelo “capitalismo da vigilância”. Da principiologia e normas fundamentais da LGPD extraem-se diversos direitos básicos dos titulares de dados, no que se inclui, mas não se limita, (i) ao direito ao tratamento adequado e de acordo com as finalidades informadas, (ii) à limitação ao tratamento mínimo necessário com abrangência a dados pertinentes e não excessivos; (iii) ao tratamento adstrito a propósitos legítimos, (iv) direito à informação clara e acessível sobre a realização de tratamento, (v) direito à segurança dos dados e (vi) direito à adequada prevenção de danos em razão do tratamento de dados (FRAZÃO, 2019, p. 35-36).

Cumprе mencionar que a LGPD é norma geral de interesse nacional, a qual se submetem não só a União, mas também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme indica o artigo 1º da referida lei (BRASIL, 2018; CABRAL, 2021, p. 9), logo, a administração pública, em geral, deve observar a proteção de dados conforme dispõe a LGPD.

Atualmente, no que diz respeito aos órgãos governamentais, a LGPD estabelece um conjunto restrito de situações em que o tratamento de dados por pessoas jurídicas de direito público é considerado legítimo, incluindo a execução de políticas públicas e o cumprimento de atribuições institucionais, dentre as quais as do serviço público (BRASIL, 2018).

A LGPD também requer que os agentes públicos forneçam informações detalhadas sobre as situações em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, onde incluem-se informações sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas (BRASIL, 2018).

Pelo acima descrito, observa-se que a LGPD parece ter restringido o tratamento de dados pelo Poder Público às atividades principais e acessórias relacionadas à prestação de serviços públicos (BRASIL, 2022).

No que se refere ao cumprimento da LGPD pelo poder público, destaca-se que, desde a tramitação dos projetos de lei que versavam sobre proteção de dados, havia certa resistência da esfera administrativa, embasada na ideia de que a legislação poderia ser um entrave à inovação e afetar a eficiência das políticas e serviços públicos (CARVALHO, 2023, p. 133).

Lucas Borges de Carvalho (2023, p. 136) argumenta que tal ideia – de que a LGPD poderia lesar a eficiência e a inovação – estaria amparada em práticas administrativas relativas “de um lado, à defesa de amplas prerrogativas discricionárias, imunes ao controle social e jurisdicional; e, de outro, ao sigilo e à falta de transparência das operações com dados pessoais realizadas por entidades e órgãos públicos”.

O veto ao artigo 28 da LGPD, que previa a necessidade de ser publicizada a existência de compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades de direito público, reforça esse entendimento. O mencionado artigo vetado estipulava que caso um órgão (ou entidade) disponibilizasse a outro órgão (ou entidade) acesso a banco de dados, tal operação precisaria ser informada publicamente, seguindo o artigo 23, I, da LGPD, ou seja, a divulgação deveria trazer informações sobre a base legal e a finalidade da ação (CARVALHO, 2023, p. 137). O veto ao dispositivo, que trazia uma obrigação de maior transparência da administração pública, foi embasado no argumento de que a publicidade poderia inviabilizar certas ações em políticas públicas, bem assim a fiscalização e o controle (CARVALHO, 2023, p. 137).

As controvérsias sobre o tratamento de dados pessoais pela administração pública não são recentes, estando vinculados ao receio quanto à possibilidade do uso de dados para finalidades incompatíveis com o ordenamento jurídico vigente (CARVALHO, 2023, p. 142). Entre os desafios mais complexos – e atuais – que têm surgido, demandando respostas eficazes para lidar com os diversos problemas decorrentes, é crucial destacar aqueles originados pelo uso da inteligência artificial e pela aplicação de Big Data (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 145-146), inclusive pelo poder público.

Ingo Wolfgang Sarlet e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (2023a, p. 145-146) destacam que essas questões apresentam riscos significativos para os direitos humanos e fundamentais, podendo resultar na criação e intensificação de discriminação, práticas abusivas de perfilhamento, análise preditiva e vigilantismo, dinâmicas essas que

exacerbam assimetrias informacionais, resultando na violação da privacidade e da dignidade humana (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 145-146).

Os autores também indicam que desde a entrada em vigor da LGPD e, mais ainda, após o reconhecimento formal de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, “a coleta, tratamento, mas em especial o uso e compartilhamento de tais dados não pode ser abusivo, devendo obediência a uma série de parâmetros estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional” (SALES SARLET e SARLET, 2022), principalmente em razão de tratarem-se de dados em poder da administração pública em um cenário de hiper vigilância (SALES SARLET e SARLET, 2022).

Neste contexto, são postos em foco, diante do uso e tratamento de dados pelo Poder Público, os reflexos negativos do compartilhamento de dados à própria democracia, conforme exposto a seguir.

3 TECNOAUTORITARISMO, CONCENTRAÇÃO INFORMACIONAL E O COM-PARTILHAMENTO DE DADOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet (2023b, p. 25) destacam que as “ameaças à democracia e ao estado de direito no Brasil de hoje advém das políticas de segurança pública, que têm assumido uma orientação predominantemente autoritária”, e, assim sendo, se torna essencial o debate sobre o compartilhamento de dados (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 25), bem como a adequada regulação, de modo a evitar riscos e/ou lesões a direitos fundamentais dos cidadãos.

O termo tecnoautoritarismo é utilizado para explicar processos de expansão do poder estatal, com o objetivo de ampliar a vigilância e o controle da população, com violações de direitos individuais ou ampliação do risco de violação de direitos fundamentais (DATA PRIVACY e LAUT, 2020, p. 2). Trata-se da utilização, cada vez mais frequente, qualitativa e quantitativamente, da tecnologia, para aumentar o controle estatal sobre os cidadãos, práticas estas com potencial para afetar direitos de todas as dimensões (SARLET e SALES SARLET, 2022).

Outra forma de explicar o termo é dizer que este envolve, principalmente, práticas que fazem com que o governo seja opaco ao seu cidadão, enquanto o cidadão é transparente ao governo (DATA PRIVACY, 2021).

Alguns fenômenos que representam o tecnoautoritarismo são (i) a desinformação, que se desdobra em vários aspectos; (ii) o acirramento dos extremismos; (iii) o enfraquecimento da democracia; (iv) o efeito bolha; (v) a dificuldade da tomada de decisão livre e consciente; (vi) o vigilantismo; (vii) a exclusão digital, do acesso, uso e qualidade de uso; e (viii) o problema da concentração de poder informacional (SARLET e SALES SARLET, 2022).

A ampliação de tecnologias de identificação e comunicação, bem como a catalogação e controle de indivíduos por meio do intenso compartilhamento de dados, apresenta riscos por seu potencial prejudicial de manipulação e controle das massas, seja por falhas na aplicação da tecnologia, seja pelo uso lesivo em desrespeito a direitos como a privacidade (VARGAS e RIBEIRO, 2023, p. 12).

Ademais, sendo a concentração de poder informacional um fenômeno do tecnoautoritarismo, a problemática da centralização e da falta de restrições ao compartilhamento de dados pessoais no Poder Público não apenas representa uma ameaça significativa à efetividade do direito fundamental à proteção de dados, mas também coloca em perigo a própria estrutura democrática e o Estado de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 137).

Quanto trata-se de separação de poderes, temos os três poderes estatais atuando de forma unificada e voltada para a realização dos objetivos constitucionais, desempenhando suas funções de maneira descentralizada, racional e juridicamente limitada por esferas de competência próprias, além de contar com mecanismos de controle mútuos. De fato, o princípio da separação dos poderes tem como finalidade central o controle do poder pelo próprio poder (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 139), o que esclarece o embaraço existente diante da sua inobservância.

No contexto brasileiro, o tecnoautoritarismo se manifesta de forma proeminente através de ações como a concentração de bases de informações pessoais e sua posterior utilização em questões de segurança pública e inteligência; parcerias e contratações com empresas privadas para expandir a capacidade de vigilância e compartilhamento de informações pessoais dos cidadãos, bem como o desvio de propósitos das bases de dados, potencialmente violando a LGPD (DATA PRIVACY e LAUT, 2020, p. 2-3).

Verifica-se, diante deste quadro, que a tecnologia pode ser, portanto, libertadora, apoiando também a administração pública e sendo, inclusive, central na promoção de maior eficiência administrativa, mas também pode ser uma ferramenta de aprisionamento e vigilância (DATA PRIVACY, 2021).

Partindo da ideia de que nenhum dado é irrelevante, a preservação dos dados pessoais demanda a restrição ou proibição da unificação informacional, tanto em âmbito privado quanto público, por conta do seu potencial danoso significativo à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais, sem desconsiderar o impacto na concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 135).

Ademais, em consonância com o acima indicado, a proibição de bases de dados públicas compartilhadas, cujo intercâmbio é indiscriminado entre todos os órgãos estatais, emerge como uma necessidade premente em um Estado Democrático de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023a, p. 134).

Assim sendo, por mais que os dados sejam necessários para implementação de políticas públicas, há necessidade de impor limites ao seu compartilhamento e, adicionalmente, torna-se relevante, como lecionam Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet (2022), o reconhecimento do princípio fundamental (e dever) implícito à separação/divisão informacional de poderes, que vincula o Poder Público e exige que este motive decisões que versem sobre tratamento de dados, para que haja “a configuração efetiva de uma proteção multinível”.

Em linha com o acima exposto, é necessário partir para a análise da visão jurisprudencial sobre o tema. O STF avaliou o tema do compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública e suas limitações, ao menos, em duas oportunidades, quais sejam, na ADI nº 6649, em conjunto com a ADPF nº 695, e na ADI nº 6529, que serão expostas a seguir.

4 ASPECTOS DA ADI nº 6529

A ADI nº 6529, julgada no dia 11 de outubro de 2021, foi proposta pelos partidos políticos Rede Sustentabilidade e Partido Socialista Brasileiro objetivando a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 4º, § único, da Lei nº 9.883/99, que dispõe sobre o compartilhamento de dados dentro do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), que prevê, mais especificamente, que os órgãos componentes do SISBIN deverão fornecer para a ABIN, para fins de integração, dados e conhecimentos relacionados com a defesa dos interesses nacionais. Foi requerida também a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto do artigo 9º-A da Lei nº 9.883/1999 e do artigo 1º, § 3º do Decreto nº 10.445/2020 (BRASIL, 2021).

Dentre os argumentos que fundamentaram o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade, indicou-se que a ABIN desempenha um papel central no Sistema Brasileiro de Inteligência, assumindo responsabilidades fundamentais de planejamento, execução, coordenação, supervisão e controle das atividades de inteligência no país e que, para cumprir essas funções, detém poder para requisitar informações junto aos demais órgãos do sistema (BRASIL, 2021). Contudo, dada a extensão do Sistema Brasileiro de Inteligência, tal constatação poderia indicar que a ABIN possui poder de solicitar informações de investigações confidenciais, dados fiscais sigilosos, relatórios do COAF, registros de sigilo telefônico e outras informações altamente sensíveis (BRASIL, 2021).

Nesse cenário, a ADI foi proposta como tentativa de limitar o alcance da mencionada previsão legal, visando esclarecer que, embora haja a possibilidade de compartilhamento de informações entre órgãos da administração pública no âmbito do SISBIN, existem limites constitucionais para tal, devendo as solicitações serem ade-

quadamente justificadas sob a perspectiva da proporcionalidade, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos (BRASIL, 2021).

Argumentou-se ainda no sentido de que o dispositivo questionado não estava alinhado, ao menos, ao direito fundamental ao sigilo, previsto no artigo. 5º, XII, da CF, e ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, conforme previsão do artigo 5º, X, da CF (BRASIL, 2021).

O caso possuiu como relatora a Ministra Cármen Lúcia que, após ampla exposição dos fatos, iniciou seu voto enfatizando que a legislação objeto da ação estava em vigor há vinte anos e que, nesse período, não houve questionamentos ou dúvidas sobre sua validade e interpretação, cenário este que se alterou com o Decreto nº 10.445/2020 (BRASIL, 2021).

A relatora destacou em seu voto que a importância da atividade de inteligência na preservação da segurança nacional é indiscutível e a eficácia dessas operações geralmente está vinculada ao caráter confidencial do processo e das informações coletadas. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, é imperativo que essa função estatal, assim como todas as outras, esteja sujeita a um controle que possibilite a avaliação de sua conformidade com as estritas finalidades públicas a que se destina, dado que, a democracia não tolera arbitrariedades e o exercício do poder sem controle configura arbítrio (BRASIL, 2021).

Necessário relembrar que, no passado do Brasil, serviços de inteligência foram utilizados, com abuso de poder, para identificação e perseguição política de opositores durante a ditadura militar (BRASIL, 2021). Nesse contexto, mister alinhar as atividades de inteligência com o regime democrático, no qual a perseguição de opositores e o aparelhamento político do Estado não são tolerados e, dado o histórico brasileiro, é imperativo implementar um controle efetivo dessas atividades, garantindo o estrito cumprimento de sua finalidade institucional (BRASIL, 2021).

A Ministra Cármen Lúcia referiu que é essencial que os dados a serem fornecidos estejam diretamente relacionados a um interesse público objetivamente comprovado e respaldados por uma motivação específica (BRASIL, 2021).

Ademais, se o fornecimento de dados pelos órgãos componentes do SISBIN à ABIN possui a finalidade de integrar os órgãos e tornar eficiente “a defesa das instituições e dos interesses nacionais”, só o compartilhamento daquelas informações relacionadas verdadeiramente com tais finalidades seria compatível com a Constituição Federal (BRASIL, 2021).

De forma contrária, salientou a relatora que o compartilhamento de dados com o intuito de favorecer interesses privados de um órgão ou agente público configura desvio de finalidade e abuso de direito, sendo tal prática vedada sob pena de, sob alegação de ação legalmente prevista, instituir-se artifício para a satisfação ou proveito de interesses individuais ou pessoais, especialmente daqueles que possuem acesso

aos dados, distorcendo as competências estabelecidas constitucionalmente e violando direitos fundamentais (BRASIL, 2021).

A decisão de compartilhamento, portanto, deve ser devidamente motivada, permitindo eventual controle de legalidade, pois, ainda que a atividade de inteligência se desenvolva em regime de sigilo ou de restrição de publicidade, tal circunstância não afasta a obrigação de motivação dos atos administrativos, ainda mais se os atos envolverem acesso a dados e informações sensíveis dos cidadãos e se existir um potencial de limitação e/ou lesão a direitos fundamentais (BRASIL, 2021).

Ao final, em linha com o exposto, a relatora concluiu que os órgãos componentes do SISBIN somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN se restar comprovado o interesse público da medida e for afastada qualquer possibilidade do compartilhamento visar interesses pessoais ou privados (BRASIL, 2021).

Além disso, as decisões que tratem de fornecimento de dados deverão ser formalmente fundamentadas e será imprescindível a existência de procedimento formalmente instaurado e sistemas eletrônicos de segurança, bem como o registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização (BRASIL, 2021). Adicionalmente, necessário destacar a existência de exceção à regra acima exposta, uma vez que, pela decisão, os dados de comunicações telefônicas ou sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados, ainda que comprovado o interesse público (BRASIL, 2021).

Há, portanto, requisitos a serem observados, de modo que qualquer compartilhamento de informações entre órgãos da administração pública que não esteja em conformidade com os procedimentos formais e não sirva exclusivamente ao interesse público, mais especificamente, à defesa das instituições e do interesse nacional, será caracterizado como abuso do direito por contrariar a finalidade legítima estabelecida na norma legal (BRASIL, 2021).

Feitas as exposições pertinentes sobre a ADI nº 6529, passa-se à análise da ADI nº 6649, julgada em conjunto com a ADPF nº 695.

5 ASPECTOS DA ADI nº 6649

A ADI nº 6649, julgada no dia 15 de setembro de 2022, foi proposta pelo Conselho Federal da OAB contra a integralidade do Decreto nº 10.046/2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados, sustentando que o Decreto afronta os artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos X, XII e LXXII, da CF, que tratam sobre a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o sigilo de dados e o *habeas data* (BRASIL, 2022).

Outrossim, indicou-se que o mencionado Decreto desrespeita princípios básicos da LGPD, uma vez que admite o compartilhamento amplo e irrestrito de informações entre os órgãos públicos federais sem a necessária menção de protocolos de ação e independentemente da adequada identificação dos agentes envolvidos (BRASIL, 2022).

Além da sua inconstitucionalidade material, pelo acima exposto, alegou-se que estaria institucionalizando a existência de uma base de dados unificada e livremente compartilhada na administração pública, o que acarretaria também riscos de vazamento e segurança das informações, bem como, sob o argumento de facilitar o acesso a serviços públicos, criar-se-ia uma ferramenta de vigilância estatal muito poderosa (BRASIL, 2022), composta, conforme artigo 2º, II, do Decreto nº 10.046/2019, por dados pessoais, dados familiares, de trabalho, dados biométricos e características como digitais, retina, íris, voz, modo de andar, dentre outros (BRASIL, 2019).

A criação do Cadastro Base do Cidadão também foi questionada, alegando-se lesão às diretrizes da LGPD, já que o cadastro permitia a criação de base de dados unificada e livremente compartilhada entre os órgãos, sem falar na possibilidade de vazamentos e incidentes de segurança a que a base unificada ficaria sujeita, ensejando elevados riscos (BRASIL, 2022). Além dos riscos de acessos indevidos e/ou externos, foi externalizada preocupação com a potencialização da capacidade de controle político da população, contrariando disposições da LGPD e na Constituição Federal (BRASIL, 2022).

Por sua vez, a ADPF nº 695, também julgada no dia 15 de setembro de 2022, em conjunto com a ADI nº 6649, foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) contra o compartilhamento de dados pessoais de cidadãos, relacionados aos registros de carteiras de habilitação, pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) para a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com base na permissão prevista no Decreto nº 10.046/2019 (BRASIL, 2022).

Conforme alegou o PSB, a medida de compartilhamento envolveria dados de mais de 76 milhões de brasileiros (cerca de 36% da população), no que se incluía nome, filiação, endereço, fotos da Carteira Nacional de Motorista e telefone, bem assim a atualização mensal dos cadastros. Com base nisso, argumentou-se que esta ação lesionava o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana e os direitos à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, constitucionalmente protegidos (BRASIL, 2022).

Verifica-se, assim, que tanto a ADI nº 6649 quanto a ADPF nº 695, ainda que com diferentes casuísticas, trazem a controvérsia sobre os limites, a extensão da proteção e a dimensão dos direitos fundamentais à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, mais especificamente, se concentrando no tratamento de dados pessoais pelo Poder Público e relacionando-se com o mesmo instrumento normativo, qual seja, o Decreto nº 10.046/2019 (BRASIL, 2022).

Com base nos fundamentos e no cenário apresentado, o julgamento da ADI nº 6649 e ADPF nº 695 teve como escopo central avaliar o compartilhamento de dados pessoais na administração pública federal, principalmente considerando o Decreto nº 10.046/2019, com base no regime de proteção de dados estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2022).

O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, iniciou sua análise de mérito mencionando que é clara a existência de razões fundadas para as preocupações apresentadas, ainda mais se for considerado que o compartilhamento de dados almejado se daria no nível restrito, que engloba dados que, embora sigilosos, podem ser livremente acessados por órgãos do Poder Público, permitindo ampla difusão de dados sensíveis, possuindo tal nível de compartilhamento, causando, portanto, proteção inadequada com base na LGPD (BRASIL, 2022).

Essa constatação inicial, conforme voto do relator, enfatiza a importância de ser exercido um controle rigoroso sobre as políticas públicas que tenham o potencial de impactar o direito fundamental à proteção de dados pessoais (BRASIL, 2022).

Uma solução adequada, conforme destaca o relator, para a problemática envolvendo o Decreto nº 10.046/2019 emerge da necessidade de preservar a autoridade do Chefe do Poder Executivo e o espaço de conformação inerente ao exercício do poder regulamentar, razão pela qual foi proposta uma interpretação do referido Decreto que o alinhe com as disposições da Constituição Federal, evitando a extirpação pura e simples da norma (BRASIL, 2022).

Tal medida se justificou, pois a remoção integral poderia resultar na formação de um vácuo regulamentar prejudicial à eficiência e segurança da atividade administrativa, já que a norma anterior, revogada pelo Decreto nº 10.046/2019, era considerada ainda mais lesiva à proteção da privacidade (BRASIL, 2022).

Logo, o Ministro Gilmar Mendes entendeu como pertinente a adoção, no caso analisado, da interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a buscar o equilíbrio das demandas da administração pública com os direitos fundamentais dos cidadãos (BRASIL, 2022).

Qualquer interpretação contrária a essa lógica, conforme voto do relator, conflitaria não apenas com o aludido Decreto, mas, mais crucialmente, com preceitos fundamentais da Constituição Federal e da LGPD, como os direitos à privacidade e à autodeterminação informativa (BRASIL, 2022).

A decisão proferida elencou que o compartilhamento de dados pessoais na administração pública pressupõe a eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados, além da compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e a limitação do compartilhamento ao indispensável para o atendimento da finalidade e do interesse público, em linha com o artigo 7º, inciso III, e artigo 23, caput e I, da Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2022).

Portanto, deverão ser cumpridos, em conformidade com a decisão, de forma integral, os requisitos, garantias e procedimentos da LGPD e observado rigorosamente o artigo 23, inciso I, da LGPD que exige a devida publicidade para os casos em que órgão público compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais (BRASIL, 2022).

Ademais, deverá ser formalmente justificada de forma prévia e detalhada, com base na proporcionalidade, na razoabilidade e em atenção à LGPD, tanto a necessidade de inclusão de novos dados quanto a escolha das bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão, bem como deverão ser instituídas medidas de segurança rigorosas e adequadas à LGPD, em especial a criação de sistema eletrônico de controle de acesso, que possibilite a responsabilização em caso de abuso (BRASIL, 2022).

Constata-se, da análise do voto do relator, que, inobstante tenha ocorrido o veto do artigo 28 na LGPD, que previa que a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais entre órgãos e entidades de direito público deveria ser objeto de publicidade na forma do artigo 23, I, da LGPD, conforme anteriormente referido, a decisão proferida trouxe novamente tal obrigatoriedade anteriormente vetada.

Por fim, voltando-se ao objeto da ADPF nº 695, cumpre mencionar que o relator indicou que o compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência deve seguir a legislação vigente e os parâmetros da ADI nº 6529, mais especificamente, a observância da LGPD, a adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao interesse público, assim como procedimento administrativo formal com motivação prévia minudente, além, é claro, de sistemas de segurança e registro de acesso (BRASIL, 2022).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido demonstra a impossibilidade de compartilhamento irrestrito de dados no poder público e a necessidade de impor limites para evitar abusos e lesões a direitos fundamentais, reforçando a relevância de uma abordagem cuidadosa e equilibrada aos desafios atuais relacionados à proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública.

Se de um lado o uso e o tratamento de dados mostram-se essenciais ao desenvolvimento de um governo mais eficiente e à prestação de serviços públicos, tais avanços não podem ocorrer mediante a restrição desmedida de direitos fundamentais dos cidadãos.

A tensionada relação entre tecnologia, poder estatal e proteção de direitos fundamentais exige uma constante revisão das práticas administrativas, modo a garantir que a busca por eficiência, em linha com o acima exposto, não comprometa a demo-

cracia e nem lesione os direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente, mas não somente, a privacidade e a proteção de dados.

Conforme menciona Gilmar Mendes em seu voto na ADI 6649, ao tratar sobre a era digital, as “novas tecnologias de comunicação se tornaram condição necessária para a realização de direitos básicos”, entretanto, “verifica-se que esses mesmos avanços tecnológicos suscitam riscos generalizados de violação de direitos fundamentais básicos” (BRASIL, 2022).

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados e o reconhecimento formal de um direito fundamental à proteção de dados trouxeram uma mudança significativa no cenário jurídico brasileiro. Assim como também o fizeram nas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente a ADI nº 6529 e ADI nº 6649, as quais destacaram a importância de estabelecer limites claros e procedimentos rigorosos para o compartilhamento de dados entre órgãos governamentais.

As decisões proferidas na ADI nº 6529 e na ADI nº 6649 estabeleceram limites para o compartilhamento de dados no Poder Público, definindo que tal medida deve observar propósitos legítimos, específicos e explícitos, compatíveis com a finalidade e/ou interesse público, que deve ser comprovado e devidamente motivado, restringindo-se ao estritamente essencial, bem como estipularam a necessidade de observância da LGPD, no que for aplicável, e definiram que deve ser garantida a segurança das informações, mediante sistemas que permitam o controle de acesso, inclusive para fins de responsabilização.

Além disto, inobstante tenha ocorrido o veto do artigo 28 na LGPD, que trazia a necessidade de a administração pública observar o artigo 23, I, da LGPD em caso de uso compartilhado de dados, a jurisprudência deixou clara a exigência de cumprimento do dispositivo e a necessidade da publicidade.

Interessante destacar que, recentemente, foi publicado o Decreto nº 11.797/2023, que dispõe sobre o Serviço de Identificação do Cidadão, que prevê como orientações para o compartilhamento de dados regras similares àquelas destacadas nas decisões objeto de estudo, como, por exemplo, (i) a existência de finalidades legítimas, específicas e explícitas, (ii) a compatibilidade entre o tratamento do dado com as finalidades informadas, (iii) a limitação do compartilhamento de dados ao mínimo necessário, (iv) o cumprimento da LGPD, (v) a publicidade nos moldes do artigo 23, I, da LGPD, e (vi) a necessidade de mecanismos de controle de acesso com possibilidade de rastreamento (BRASIL, 2023).

Por todo o exposto, constata-se que as decisões judiciais mencionadas contribuem para a construção de um ambiente mais transparente, ético e alinhado aos princípios democráticos em meio à era da informação, contudo, devem ser consideradas como ponto de partida e não de chegada quando o assunto é compartilhamento de dados no Poder Público e a separação informacional de poderes.

Como bem destacam Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet (2022), grandes estudiosos do tema, ainda que tenha sido dado o pontapé inicial para o “estabelecimento de um sistema de separação informacional de poderes e de um devido processo informacional, muito ainda há o que fazer, sendo imensos, complexos e diferenciados os problemas e desafios a enfrentar e equacionar”.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 241-261, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais** - A Função e os Limites do Consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6837**. Distrito Federal. Relator: Rosa Weber. Julgado em: 24 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 03 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.797, de 27 de novembro de 2023**. Dispõe sobre o Serviço de Identificação do Cidadão e sobre a governança da identificação das pessoas naturais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, institui a Câmara-Executiva Federal de Identificação do Cidadão - Cefic. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11797.htm. Acesso em: 04 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6649 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695**. Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6529**. Distrito Federal. Relator: Cármen Lúcia. Julgado em: 11 out. 2021.

CABRAL, Thales Francisco Amaral. A administração tributária e o direito fundamental à proteção de dados. **XLVII Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal**. 2021.

CARVALHO, Lucas Borges de. O poder público e a proteção de dados pessoais no Brasil: novos desafios, velhas práticas administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 2, p. 133–162, 2023. DOI: 10.12660/rda.v282.2023.89347. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/89347>. Acesso em: 29 nov. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: Governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, p. 1-24, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/6388>. Acesso em: 25 nov. 2023.

DATA PRIVACY BRASIL, LAUT. **Retrospectiva tecnoautoritarismo**, 2020. Disponível em: <https://laut.org.br/retrospectiva-tecnoautoritarismo-2020/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

DATA PRIVACY BRASIL. **O que é o tecnoautoritarismo?** YouTube, Publicado em: 10 jun. de 2021. Disponível em: <https://youtu.be/7RQl2b6XZnA?feature=shared>. Acesso em: 25 nov. 2023.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado – AASP**. Ano XXXIX, n. 144, 2019, p. 33-46.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra Sales, SARLET, Ingo Wolfgang. **Separação Informacional de Poderes na Ordem Jurídico-Constitucional**. Série “Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação». Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet, Laura Mendes, Danilo Doneda. São Paulo: Expressa, 2023b.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF e o compartilhamento de dados no âmbito do poder público**. Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/direitos-fundamentais-stf-compartilhamento-dados-ambito-poder-publico/>. Acesso em: 03 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista Privacidade e Proteção de Dados (Privacy and Data Protection Magazine)**, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/18868>. Acesso em 28 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre os limites do compartilhamento de dados pessoais e a separação informacional de poderes no Brasil – A contribuição do STF. *In: Direitos fundamentais na era digital: Anuário 2023 das Comissões Especiais de Proteção de Dados (CEPD) e de Direito Digital (CEDD)*. Laura Schertel Mendes et al. (Org.). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. p. 133-150.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabrielle Bezerra. **Tecno-autoritarismo, tecno-fascismo societal, democracia e proteção de dados**. Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-13/direitos-fundamentais-tecno-autoritarismo-tecno-fascismo-societal-protecao-dados>. Acesso em: 10 out. 2023.

SZAJNBOK, Lucienne Michelle Treguer Cwikler. LGPD e a proteção de dados pessoais no âmbito da administração tributária brasileira. *In: VEIGA, Fábio da Silva; BRITO, Paulo de; PIERDONÁ, Zélia Luiza*. (coord.). **Future Law**. Vol. II. Iberojur: Portugal: Iberojur, 2021. p. 175-183.

VARGAS, Érica Nascimento Pinheiro; RIBEIRO, Mônica Matos. A sociedade do controle digital e a segurança pública brasileira. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 277, 2023. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8297>. Acesso em: 25 nov. 2023.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. *In: BIONI, Bruno; DONEDA, Danilo*. et. al. (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 282-299.

VIGILÂNCIA E RACISMO ALGORITMICO: A POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE TECNOLOGIAS NÃO VIOLADORAS

VIGILANCIA Y RACISMO ALGORÍTMICO: LA POSIBILIDAD Y NECESIDAD DE TECNOLOGÍAS NO VIOLADORAS

Ronaldo Félix Moreira Júnior¹

Nelson Camatta Moreira²

RESUMO

O trabalho apresentado tem como objetivo demonstrar, a partir de exemplos concretos, a criação de ferramentas digitais como instrumentos de resistência à violação de direitos e como ferramentas de oposição à vigilância e racismo digital. A pesquisa faz uso do método dedutivo e técnica bibliográfica, partindo dos estudos de autores relevantes no campo do racismo estrutural e algorítmico, além da análise de casos concretos relacionados ao desenvolvimento de projetos e ferramentas algorítmicas a partir de regiões e grupos periféricos. Muito embora seja demonstrado que a tecnologia pode ser usada como uma ferramenta de controle e opressão em contextos coloniais e pós-coloniais, é possível perceber, por meio da existência de tais projetos, como é possível e necessário o desenvolvimento de tecnologias que se oponham a esses fenômenos.

Palavras-chave: racismo algorítmico; tecnologias digitais; direitos fundamentais.

RESUMEN

El trabajo presentado tiene como objetivo demostrar, a partir de ejemplos concretos, la creación de herramientas digitales como instrumentos de resistencia a la vulneración de derechos y como herramientas de oposición a la vigilancia y al racismo digital. La investigación utiliza el método deductivo y la técnica bibliográfica, basada en estudios de autores relevantes en el campo del racismo estructural y algorítmico, además del análisis de casos concretos relacionados con el desarrollo de proyectos y herramientas algorítmicas de regiones y grupos periféricos. Si bien se ha demostrado que la tecnología puede ser utilizada como herramienta de control y opresión en contextos coloniales y poscoloniales, es posible ver, a través de la

1 Ronaldo Félix Moreira Júnior é mestre em direitos e garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória e professor universitário nas Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ).

2 Nelson Camatta Moreira é pós-doutor em Direito (Universidad de Sevilla). Professor da Programa de Pós-graduação Stricto Sensu e da Graduação em Direito da FDV-ES.

existencia de tales proyectos, cómo es posible y necesario desarrollar tecnologías que se opongan. estos fenómenos.

Palabras clave: racismo algorítmico; tecnologías digitales; derechos fundamentales.

1 INTRODUÇÃO

As recentes tecnologias digitais baseadas no aprendizado de máquina e inteligência artificial (IA) estão presentes em todos os setores sociais. Isso abrange desde o campo da segurança pública até o uso cotidiano em nossos dispositivos móveis (como *smartphones*).

Muito se discute a respeito da suposta neutralidade das ferramentas tecnológicas e essa discussão não é recente. Jürgen Habermas (1980), em “Técnica e ciência como ideologia”, já nos leva a uma reflexão a respeito de como a técnica e tecnologia são responsáveis pela possibilidade de privação do homem de sua liberdade e de sua dominação pelo outro. Da mesma forma, a relação entre vigilância e racismo também não é algo novo no debate social.

Autores relevantes já trabalharam a vigilância histórica contra a população negra, com destaque para Simone Browne (*Dark Matters: On the Surveillance of Blackness*, de 2015) e até mesmo Frantz Fanon (*Os Condenados da Terra*, de 1961).

Essa discussão se soma aos recentes estudos sobre fenômenos como o colonialismo digital e o racismo algorítmico, demonstrando como estão relacionados. Dessa forma, o objetivo central do trabalho consiste em demonstrar a possibilidade e necessidade de criação de ferramentas digitais como instrumentos de resistência à violação de direitos e como ferramentas de oposição à vigilância e racismo digital. O problema de pesquisa pode ser verificado na seguinte indagação: É possível a criação de ferramentas tecnológicas que se oponham ao racismo algorítmico e à vigilância histórica contra populações marginalizadas?

A pesquisa faz uso do método dedutivo e técnica bibliográfica, partindo do estudo dos conceitos de racismo algorítmico e vigilância para a análise de casos concretos relacionados ao desenvolvimento de projetos e ferramentas algorítmicas que buscam se opor aos mencionados fenômenos.

O primeiro tópico do trabalho possui o escopo de analisar os fenômenos apontados no problema, o que é feito a partir dos estudos de diversos autores (de diferentes campos) que debatem o assunto. Em um segundo momento, o artigo traz situações concretas que refletem a mencionada vigilância e racismo algorítmico em tempos recentes. Por fim, o trabalho busca apresentar projetos relacionados ao uso das tecnologias digitais a partir de uma perspectiva antirracista e até mesmo decolonial. Entre eles está o projeto ELA-IA (Estratégia Latino-Americana de Inteligência Artificial), que

possui como objetivo promover a inclusão e a diversidade no desenvolvimento da IA na América Latina.

2 RACISMO ALGORÍTMICO E VIGILÂNCIA CONTEMPORÂNEA

Os estudos relacionados à questão racial trazem diversas definições do termo “racismo”. Almeida (2018, p. 27) apresenta três diferentes concepções no intuito de apresentar o debate de modo didático: 1) o racismo individual (relacionado à subjetividade); 2) o racismo institucional (relacionado às ações do Estado); 3) o racismo estrutural (relacionado à sociedade e economia).

A primeira concepção pode ser analisada como um fenômeno ético ou psicológico, podendo ter natureza individual ou coletiva. Segundo essa vertente, não há sociedade ou instituição racista, apenas indivíduos (Almeida, 2018, p. 28).

Por outro lado, quando se fala em racismo institucional, as ações individuais são deixadas de lado para que o racismo seja analisado como resultado do funcionamento de determinadas instituições, que atuam em uma dinâmica que garante privilégios a partir do conceito de “raça” (Almeida, 2018, p. 28).

Dessa maneira, pode-se resumir que a desigualdade racial de uma sociedade é caracterizada, em primeiro lugar, pela hegemonização das instituições poder determinadas grupos raciais que fazem uso de seus mecanismos para a imposição de seus interesses. O poder pode ser analisado como elemento central de toda relação racial.

Almeida (2018, p. 36) compreende a noção institucional do racismo como um avanço nos estudos raciais, principalmente pelo fato de que a vertente analisa o fenômeno para além das ações individuais. Entretanto, menciona que se o racismo institucional existe, significa que a imposição de normas e padrões raciais pelas instituições é algo vinculado à ordem social que elas buscam resguardar.

Dessa maneira, podemos mencionar que toda instituição atua conforme seu condicionamento a uma estrutura social pré-existente. Não há, portanto, instituição racista sem uma sociedade racista. Por esse motivo, o autor (2018, p. 38) compreende que o racismo decorre da própria estrutura social, ou das formas com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares.

Torna-se possível concluir que a reprodução de práticas racistas estão, verdadeiramente, nas organizações (políticas, econômicas, etc.) sociais que permitem que grupos racialmente identificados acabem sendo discriminados de forma sistemática.

O que se compreende como racismo algorítmico pode ser compreendido como um desdobramento do racismo estrutural. Para Silva (*apud* Batista, 2023):

O racismo algorítmico é uma espécie de atualização do racismo estrutural, sua ponta de lança na era da datificação da sociedade. A manutenção do racismo como sistema de produção de vantagens em prol de um grupo hegemônico, a branquitude, é profundamente dependente de uma epistemologia da ignorância para manutenção do poder. Em outras palavras, a branquitude mantém uma compreensão limitada da sociedade para que as estruturas de poder racializadas e generificadas não sejam questionadas. Nesse contexto, o desenvolvimento de tecnologias algorítmicas se alimenta do histórico social para oferecer uma pretensa inteligência artificial, que é comprometida com o patriarcado e o colonialismo. Mas essa desinteligência artificial, que atualiza opressões como o racismo estrutural, é vendida como neutra.

O racismo algorítmico vai além da discriminação na era digital e, certamente, além de preconceitos e atos de hostilidades realizados por indivíduos ou grupos por meio das ferramentas digitais (como redes sociais ou por aplicativos em geral).

Podemos afirmar que se trata de uma continuidade do fenômeno (racismo) por meio de algoritmos e inteligência artificial que acabam por perpetuar e reforçar determinados estereótipos e preconceitos já presentes no meio social.

A existência desse problema no mundo cibernético ocorre devido ao fato de que as ferramentas tecnológicas são criadas e treinadas por seres humanos, que não deixam de levar para os bancos de dados suas próprias experiências e visão de mundo.

É importante mencionar que é possível estabelecer uma ligação entre o racismo algorítmico e a vigilância contemporânea em uma perspectiva meramente tecnológica ou mesmo institucional. Segundo Browne (2015, p. 26), a vigilância existente na seara digital reforça hierarquias raciais, o que contribui para o controle dos corpos negros.

Em consonância com as ideias da autora estadunidense, Silva (2022, p. 110) menciona como as novas ferramentas tecnológicas afetam os direitos da população negra por meio de: 1) amplificação de estereótipos negativos; 2) a discriminação algorítmica que resulta em práticas discriminatórias; e 3) pelo monitoramento invasivo e tecnologias como o reconhecimento facial.

Nesse contexto, conforme pesquisa realizada por pesquisadores do MIT através da *Algorithmic Justice League*³, a vigilância ameaça, em especial, direitos como privacidade, liberdade de expressão, liberdade de associação e até mesmo o devido processo legal (Najibi, 2020).

Para Najibi (2020), no âmbito da privacidade, a tecnologia de reconhecimento facial permite a coleta e armazenamento de dados biométricos, representando uma

3 A *Algorithmic Justice League* é uma organização sem fins lucrativos fundada por Joy Buolamwini, pesquisadora do MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts). A organização foi criada com o objetivo de abordar as questões de injustiça e viés em algoritmos, particularmente aqueles relacionados ao reconhecimento facial e à inteligência artificial.

invasão significativa, especialmente preocupante para a população negra. Isso ocorre porque essa população já está mais exposta a práticas discriminatórias na aplicação da lei e vigilância desproporcional, incluindo criminalização secundária e terciária.

Quanto à liberdade de expressão, a presença de sistemas de vigilância baseados em reconhecimento facial pode levar as pessoas negras a se autocensurarem. O medo de retaliação e abordagens policiais injustas pode fazer com que evitem participar de atividades políticas e sociais, impactando negativamente sua liberdade de expressão e participação na sociedade.

Conforme demonstrado no tópico seguinte, o racismo algorítmico e a vigilância digital estão presentes há mais de uma década em diferentes setores, o que gera uma série de violações, principalmente quando falamos em tecnologias voltadas à segurança pública.

3 A ERA DO RACISMO ALGORÍTMICO

A partir do que foi exposto, é possível compreender a vigilância contra determinados grupos como algo histórico. Para Browne (2015, p. 33), a negritude tem sido alvo prioritário de estratégias e ferramentas de controle. Atualmente muitas ferramentas tecnológicas (de até mesmo uso cotidiano) têm feito com que a discussão a respeito da vigilância e racismo algorítmico se acirrasse.

Os exemplos são inúmeros e os casos mais emblemáticos foram mapeados por Silva (2023), com o objetivo de divulgação e incitação ao debate público à reação coletiva aos danos que essas ferramentas têm causado.

Importa destacar que determinadas ferramentas não afetaram apenas a população negra. Em 2010, por exemplo, câmeras digitais da marca *Nikon* confundiam rostos asiáticos, como se eles estivessem com os olhos fechados ou piscando quando a foto era tirada (Silva, 2023).

Pouco tempo depois, uma pesquisa realizada por Latanya Sweeney (2013, p. 1) identificou que anunciantes do *Google* eram capazes de direcionar mensagens a partir de nomes típicos de determinados grupos raciais dos Estados Unidos.

Segundo a pesquisa da professora de Engenharia e Ciências Aplicadas de Harvard (SWEENEY, 2013, p. 1-2), anúncios do *Google* eram direcionados a diferentes grupos demográficos. Havia discrepâncias na forma como os anúncios de empregos eram exibidos para grupos demográficos diferentes, com a população branca recebendo anúncios para empregos mais bem remunerados.

A partir do ano de 2016 as notícias a respeito de violações digitais se multiplicaram em todo mundo. Conforme o mapeamento realizado por Silva (2023) a respeito de notícias globais sobre racismo (entre janeiro de 2016 e novembro de 2023), ao

menos 128 casos de discriminação algorítmica foram evidenciados. Os casos são inúmeros e variados, com notícias que envolvem desde bloqueio de contas pró-palestina em mídias sociais, passando por denúncias de regras do *Facebook* que protegem homens brancos de discurso de ódio, até a reprodução de desigualdades econômicas no aplicativo *PokemonGo*, que marginalizava bairros negros (Silva, 2023).

3.1 EXEMPLOS CONCRETOS DE VIOLAÇÕES ALGORÍTMICAS

Alguns desses caso merecem destaque, como o *Chatbot Tay.ai*, da *Microsoft*, que se tornou “[...] racista em menos de um dia” (Silva, 2023).

Ocorre que o robô da *Microsoft* foi criado com o intuito de evoluir sua forma de interagir com os usuários. Além disso, é importante frisar que as inteligências artificiais possuem pouco de artificial. A própria IA mencionada foi programada com base de dados anônima a respeito do que já foi publicado nas redes por pessoas reais.

Não é surpresa, portanto, que a ferramenta teria sofrido influências de usuários mal-intencionados, passando a escrever comentários racistas, antissemitas e transfóbicos. A *Microsoft* rapidamente desativou o robô e começou a realizar ajustes com o intuito de diminuir essa influência (Müller, 2016).

É possível afirmar que o caso *Tay.ai* nos mostra como os modelos de IA são capazes de absorver e reproduzir os mais diferentes vieses presentes nos dados com os quais ocorre o aprendizado de máquina, assim como as influências externas às quais são expostos durante suas interações em tempo real (como na relação entre o robô e os usuários do *Twitter*).

O *Google Photos* é outra ferramenta cujo uso foi questionado (no ano de 2015). O aplicativo de identificação facial rotulou duas pessoas negras como “gorilas”. A empresa responsável alegou que o problema no reconhecimento da imagem pode ter sido causado por faces escuras e que processamento de contrastes diferentes eram necessários para os diferentes tons de pele (Kasperkevic, 2015).

O caso em questão é considerado um dos grandes exemplos de racismo algorítmico, tendo em vista a utilização de dados de forma enviesada e até mesmo inadequada. Podemos concluir que a origem da questão está ligada à qualidade e diversidade dos dados usados para treinar o algoritmo.

Se a base de informações que foi utilizada para ensinar um modelo de IA contém, principalmente, imagens de pessoas de determinado grupo étnico (no caso em questão, de pessoas brancas) e sub-representa outras (pessoas negras), o modelo pode desenvolver preconceitos e não ser eficaz ao lidar com imagens de tais grupos sub-representados (Silva, 2023).

Em relação à ferramenta *Google Photos*, é provável que o conjunto de dados de treinamento usado para ensinar o modelo de reconhecimento facial não tenha

incluído uma variedade representativa de tons de pele e características faciais de pessoas negras (ou de outras etnias não brancas). Como resultado, o algoritmo não estava adequadamente equipado para lidar com imagens que não se encaixavam nos padrões predominantes em seu treinamento.

O tópico seguinte destaca como há uma necessidade crucial de diversidade não apenas nos conjuntos de dados de treinamento, mas também no grupo de pessoas responsáveis por sua criação. Conforme apontado, há esforços para melhorar a representatividade em sistemas de inteligência artificial e reduzir os casos de discriminação algorítmica.

4 A BUSCA POR TECNOLOGIAS NÃO VIOLADORAS

Almeida (2018, p. 37) menciona que se o racismo é inerente a uma ordem social, a única maneira de combatê-lo é por meio de práticas antirracistas efetivas que envolvam: 1) a promoção de igualdade e diversidade nas suas relações internas e externas; 2) a remoção de obstáculos para a ascensão de minorias nas posições de destaque; 3) a manutenção de espaços permanentes de debates e revisão de políticas; 4) a promoção da composição de conflitos raciais e de gênero.

Os requisitos apontados por Almeida (2018, p. 37) podem ser relacionados com a ideia proposta no início do séc. XX por Fanon que diz respeito à mobilização, conscientização dos povos colonizados, que devem fazer uso da própria tecnologia (Fanon, 1979, p. 164).

Nesse sentido, mencionam Faustino e Lippold (2023, p. 185):

Do uso colonial das ciências médicas para a estigmatização da cultura autóctone até o emprego das técnicas agrícolas (plantation) voltadas à produção e à exportação de commodities, da participação da psiquiatria no desenvolvimento de técnicas de tortura até a introdução do rádio como forma de dismantelar a cultura muçulmana, Fanon problematizou com bastante cuidado a função colonial da tecnologia no contexto da dominação europeia, recusando qualquer pretensão a uma ciência ou tecnologia neutras.

Torna-se, assim, possível falarmos do uso de artefatos tecnológicos (que originalmente foram concebidos como instrumentos coloniais utilizados em detrimento das populações colonizadas de forma subversiva), reivindicando o conhecimento colonizador no intuito de criação de práticas antirracistas efetivas⁴.

4 Para além da discriminação algorítmica, também é importante ressaltar que a adoção desenfreada e acrítica das tecnologias colonizadoras nos países periféricos pode acabar resultando em uma imitação superficial do estilo de vida e valores desses países economicamente centrais. A consequência clara é o surgimento de um

No campo de inteligência artificial, já é possível apontar para grupos de profissionais com projetos voltados à luta decolonial e antirracista. São exemplos: *Deep Learning Indaba*, *Black in AI* e *Queer in AI* (Bentani, 2020).

Dessa forma, se é possível verificarmos que o aprendizado de máquina e os algoritmos têm sido utilizados como instrumentos que corroboram com a discriminação e a violência institucional, ao mesmo tempo é possível perceber que há de projetos que fazem uso das mesmas tecnologias no monitoramento de violações de direitos humanos.

Conforme mencionado por Pierro (2021), alguns dos projetos mencionados fazem uso da inteligência artificial com o objetivo de coletar dados de diferentes fontes (redes sociais, jornais, etc.) a fim de identificar padrões de violações de direitos fundamentais em regiões marginalizadas e conflituosas, ou até mesmo na análise de programas sociais com o escopo de otimização das ações no setor público.

Nesse sentido, é importante mencionar a Estratégia Latino-Americana de Inteligência Artificial (ELA-IA), outro projeto com o intuito de promover a adoção e o desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial (IA) em toda América Latina.

Muito embora tenha sido criado em 2021, o projeto, que envolve pesquisadores de várias áreas, tem ganhado força em 2023 e funcionado como uma verdadeira rede, compartilhando informações e análises relacionadas à IA nos países sul-americanos (ELA-IA, 2023).

Em seu primeiro ano de criação, o projeto ELA-IA teve seu foco direcionado à promoção de discussões e debates sobre a IA na América Latina, com o objetivo de identificar as principais preocupações e necessidades do setor (podemos mencionar, entre os problemas, a questão da discriminação algorítmica).

Posteriormente foi lançado um relatório sobre a Conferência Latino-americana de Inteligência Artificial e Proteção de Dados, com foco na discussão sobre transparência e a proteção de dados como aspectos fundamentais na implementação da IA na região (ELA-IA, 2023).

O cenário brasileiro também foi importante no desenvolvimento do projeto latino-americano. O Projeto de Lei 2.338/23 (sobre o uso da inteligência artificial no Brasil) recebeu uma nota técnica dos pesquisadores da ELA-IA com importantes considerações, como a ausência de uma definição adotada para o tema “*sandbox regulatório*” (ELA-IA, 2023)⁵.

sentimento de alienação e perda de identidade. É necessário, portanto, pensarmos em projetos que tornem as comunidades marginalizadas protagonistas no uso da tecnologia, e não apenas objetos de discriminação e coleta de dados internacional.

5 O Projeto de Lei nº 2338/2023 dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial (Senado, 2023) e tem recebido duras críticas e contribuições de especialistas na área. No dia primeiro de novembro de 2023 foi realizada audiência pública a respeito do tema.

Projetos locais de inteligência artificial, como os já mencionados, são fundamentais para que alcancemos os requisitos mínimos elencados no início do tópico (Silva, 2018, p. 37) para que seja possível a eliminação da discriminação algorítmica. Isso se torna possível a partir do momento em que esses projetos podem se concentrar na obtenção de dados mais representativos da diversidade presente na região (como no Brasil), contribuindo para evitar vieses nos algoritmos em ferramentas como as de reconhecimento facial.

É também importante mencionar que esses projetos são capazes de desempenhar um papel importante para além da criação tecnológica. Eles podem ser úteis na própria conscientização e educação sobre o racismo algorítmico, por meio de audiências públicas e até notas técnicas, como ocorreu em relação ao Projeto de Lei 2.338/23.

O essencial, contudo, é que a partir de projetos que tratem questões como algoritmos, inteligência artificial e aprendizado de máquina sob uma perspectiva decolonial, seja possível a própria criação de ferramentas tecnológicas não violadoras de direitos.

5 CONCLUSÃO

O artigo demonstra, a partir de exemplos claros, a existência de um racismo algorítmico, como um verdadeiro desdobramento do tradicional racismo estrutural. É possível percebermos que a última década foi marcada por uma explosão de casos envolvendo as mais diversas ferramentas, sejam elas de reconhecimento facial a até mesmo plataformas de emprego.

Conforme apontado por Silvio Almeida, o racismo, como algo presente na ordem social, deve ser combatido por práticas antirracistas efetivas. Essa efetividade depende de alguns fatores já elaborados, como a promoção de igualdade e diversidade, a possibilidade de ascensão de minorias nas posições de destaque nos setores públicos e privados, além da manutenção de espaços permanentes de debates e revisão de políticas. Projetos como *Deep Learning Indaba*, *Black in AI* e *Queer in AI* e, certamente, *ELA-IA*, são fundamentais na luta antirracista no meio digital.

Importa mencionar que esses projetos possuem, entre seus escopos, o aumento da representatividade de grupos que historicamente foram sub-representados. Essa diversidade é fundamental para que haja uma garantia de variedade de perspectivas e experiências no desenvolvimento de novas tecnologias.

Não obstante, também são relevantes para o incentivo ao próprio debate e conscientização a respeito de questões de diversidade e inclusão no campo da inteligência artificial, contribuindo para a construção de uma verdadeira comunidade mais

diversa e informada, capaz de perceber e denunciar a existência de outras tecnologias violadoras de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BATISTA, Daiane. **Tarcízio Silva**: “O racismo algorítmico é uma espécie de atualização do racismo estrutural”, 2023. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Tarcizio-Silva-O-racismo-algoritmico-e-uma-especie-de-atualizacao-do-racismo-estrutural>. Acesso em: 21, nov. 2023.

BENTANI, Paolo. Política tecnológica: quando a inteligência artificial revela uma mentalidade colonial. In: **Instituto Humanitas Unisinos**, 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/602106-politica-tecnologica-quando-a-inteligencia-artificial-revela-uma-mentalidade-colonial-artigo-de-paolo-benanti>. Acesso em: 30, nov. 2023.

BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015.

ELA-IA. **Nota Técnica PL nº 2338**, 2023. Disponível em: <https://ela-ia.org/nota-t%C3%A9cnica-pl-n%C2%B0-2338-1>. Acesso em: 27, nov. 2023.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Tradução de José Laurênio de Mello. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital**: por uma crítica hacker-fanoniana. São Paulo: Boitempo, 2023.

KASPERKEVIC, Jana. **Google says sorry for racist auto-tag in photo app**, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/google-sorry-racist-auto-tag-photo-app>. Acesso em: 21, nov. 2023.

MÜLLER, Léo. **Tay**: Twitter conseguiu corromper a IA da Microsoft em menos de 24 horas, 2016. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/inteligencia-artificial/102782-tay-twitter-conseguiu-corromper-ia-microsoft-24-horas.htm>. Acesso em: 21, nov. 2023.

NAJIBI, Alex. **Racial discrimination in face recognition technology**. Harvard University, 2020. Disponível em: <https://21stcenturyresearch.cn/wp-content/uploads/2023/04/Article-Biometrics-Racial-Discrimination-in-Face-Recognition-Technology-Science-in-the-News-Harvard-University-2020-10-24.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

PIERRO, Bruno de. A corrida colonial das big techs. In: **Ciência na Rua**, 2021. Disponível em: <https://ciencianarua.net/a-corrida-colonial-das-big-techs/>. Acesso em: 30, nov. 2023.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2338/2023**, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 27, nov. 2023.

SILVA, Tarcízio. **Mapeamento de Danos e Discriminação Algorítmica**. Desvelar, 2023. Disponível em: <https://desvelar.org/casos-de-discriminacao-algoritmica/>. Acesso em: 22, out. 2023.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico**: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc, 2022.

SWEENEY, Latanya. Discrimination in Online Ad Delivery. In: **Data Privacy Lab**, 2013. Disponível em: <https://dataprivacylab.org/projects/onlineads/>. Acesso em: 22, out. 2023.

