

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER
ROBISON TRAMONTINA
BRUNO MENESES LORENZETTO

ORGANIZADORES



DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER
ROBISON TRAMONTINA
BRUNO MENESES LORENZETTO
(ORGANIZADORES)

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA



2020

Organizadores

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Robison Tramontina; Bruno Meneses Lorenzetto

Direitos reservados FDV Publicações



Editora-chefe

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Executiva

Ana Paula Galdino de Deus

Revisão de texto

Os Autores

Projeto gráfico e Diagramação

Studio S • Diagramação & Arte Visual

Conselho Editorial

Alexandre de Castro Coura

André Filipe Pereira Reid dos Santos

Camila Vasconcelos de Oliveira

Cassius Guimarães Chai

Darlene Gaudio A. Tronquoy

Daury Cesar Fabríz

Douglas Salomão

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Gilsilene Passon Picoretti Francichetto

Iana Soares de Oliveira Penna

Maria Celeste Lima de Barros Faria

Paula Castello Miguel

Renata Conde Vescovi

Ricardo Goretti Santos

Ruth Ferreira Bastos

D188 Direitos fundamentais e democracia / Organizadores Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Robison Tramontina; Bruno Meneses Lorenzetto -- Vitória : FDV Publicações, 2020.

Bibliografia.

ISBN (e-book) 978-65-88555-04-0

1. Direito fundamentais. 2. Democracia. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Tramontina, Robison. III. Lorenzetto, Bruno Meneses.

CDU-342.7:321.7

Ficha Catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus (CRB 6/798)

“O conteúdo dos capítulos publicados é de inteira responsabilidade dos autores, não representando a posição oficial da Editora e Conselho Editorial”.

ORGANIZADORES

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

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 Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Coordenadora do BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Robinson Tramontina

Coordenador do Programa de Pós - Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC- CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos filosóficos dos Direitos Humanos/ e Teorias da Justiça. Os principais temas de pesquisa são: a) Teorias da Justiça; b) Justiça Distributiva e os direitos fundamentais; c) Filosofia da Segurança Social, d) Fundamentos filosóficos do

Mundo do Trabalho e e) Obrigações Políticas. Editor Adjunto da Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL] (Qualis A1, CAPES, ISSN 2179-7943). Revisor de diversos periódicos.

Bruno Meneses Lorenzetto

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR.

DEMAIS AUTORES(AS)

Adriano Corrêa de Mello

Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Juiz de Direito (TJES).

Adriano Sant'Ana Pedra

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Física Quântica (UFES). Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador Federal.

Aletya Dahana Rollwagen

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia no programa de Mestrado Interinstitucional UNIBRASIL-UNIGUAÇU. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu - UNIGUAÇU (2018).

Alexandre de Castro Coura

Pós-Doutorado como Visiting Scholar na American University Washington College of Law e Visiting Foreign Judicial Fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Efetivo do Programa de Pós-Graduação stricto sensu (mes-

trado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

Aloyr Dias Lacerda

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Processual Civil pela UFES. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

Ana Paula Marques Timbó Braga

Doutoranda em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão (FLF), em Sobral, e da Faculdade Princesa do Oeste (FPO), em Crateús. Procuradora Jurídica do Instituto de Apoio ao Desenvolvimento da UVA (IADE). Advogada OAB/CE 21.657. E-mail: anapaulamarquess.adv@gmail.com

Bruno Gomes Borges da Fonseca

Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador do Trabalho na 17ª Região. Professor da graduação e da pós-graduação da FDV. Professor colaborador no Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFES. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Ex-Advogado.

Carlos Fernando Poltronieri Prata

Mestrando 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). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Contato: cfpprata@gmail.com.

Carlos Henrique Bezerra Leite

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal). Professor de Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais do PPGD em Direitos e Garantias Fundamentais e de Direito Processual do Trabalho da Graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Desembargador aposentado do TRT da 17ª Região/ES. Advogado e Consultor Jurídico. Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Foi Professor Associado da Universidade Federal do Espírito Santo (1993 a 2013), onde lecionava Direito Processual do Trabalho e Direitos Humanos; Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho (1993 a 2007); Diretor da Escola Judicial do TRT/ES (2009 a 2011).

Cristhian Magnus de Marco

Professor/Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito UNOESC; Pós-doutor em Direito UFSC (sustentabilidade); Doutor em Direito PUC-RS; Mestre em Direito

pela UFSC (município na federação). Participa do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico na UFPR.

Daury Cesar Fabriz

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais; Graduado em Direito pelo Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha; Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo; Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo; Professor de Direito Constitucional no Curso de Direito da FDV; Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da FDV – Mestrado e Doutorado; Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da FDV, Vitória, Espírito Santo, Brasil; Advogado; Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos.

Emanuela Guimarães Barbosa

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV e Docente do Centro Universitário Inta – UNINTA.

Fernando William de Melo

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha de Pesquisa Jurisdição e Democracia) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Par-

ticulares (PROSUP/CAPES). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR.

Francisca Jeane Pereira da Silva Martins

Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/FDV; Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória/FDV; Graduada em Direito pela FDV; Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Amazonas; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) da FDV; Professora de Direito Individual e Coletivo do Trabalho dos Cursos de Graduação e de Pós Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito de Vitória/FDV.

Gabriela Samrsla Moller

Professora e Mestranda em Direito pela UNOESC.

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz

Doutoranda em Direito e Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Especialista em Direito Aquaviário e Atividade Portuária pela Univali e em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera. Advogada Efetiva da Prefeitura Municipal de Pinhalzinho, Estado de Santa Catarina. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC - Campus Aproximado de Pinhalzinho.

Gilsilene Passon Picoretti Francischetto

Pós-doutorado em Ciências Sociais pela Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Boaventura de Sousa Santos. Doutorado em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Mestrado em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (gilsilenepasson@uol.com.br) e Coordenadora do Grupo de Pesquisa Invisibilidade Social e energias emancipatórias em Direitos Humanos.

Isadora K. Lazaretti

Doutoranda em Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, com bolsa de doutorado integral financiada pela CAPES/PROSUC. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ.

Marco Antonio Lima Berberi

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do UniBrasil – Centro Universitário (Curitiba-PR). É pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo “Virada de Copérnico”) e do Grupo de Pesquisa CNPQ NUPECONST – UniBrasil, linha de pesquisa: direitos fundamentais e relações privadas. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Professor/Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito UNOESC. Pós-Doutor Unisinos (direito disruptivo) e Unoesc (direito em rede). Doutor e Mestre em Direito Unisinos (filosofia do direito processual). Participa do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico na UFPR.

Rômulo Linhares Ferreira Gomes

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Professor assistente da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professor da Faculdade Luciano Feijão (FLF). E-mail: romulolinharesadv@hotmail.com.

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da UFPR. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) do UniBrasil.

Thaís Janaina Wenczenovicz

Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual

do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/ MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

Veronice Camargo da Silva

Docente Titular no Programa de Pós-graduação em Educação/UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. Doutora em Letras- Área de Concentração: Linguística Aplicada/Universidade Católica de Pelotas, UCPEL. Líder do “Grupo de Pesquisa e Estudos Integrados à Educação: linguagens e letramentos”. Atua nas áreas da Pedagogia e Letras, com ênfase em Linguística Aplicada.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	17
PREFÁCIO	
Bruno Gomes Borges da Fonseca.....	21
MÁQUINA AUTORA: INTERSEÇÕES ENTRE DIREITOS AUTORAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	
Marco Antonio Lima Berberi.....	25
PARTIDOS POLÍTICOS E DEMOCRACIA: O PROBLEMA DA REPRESENTATIVIDADE NA ERA DIGITAL	
Adriano Corrêa de Mello e Adriano Sant'Ana Pedra.....	51
E SE FÔSSEMOS GOVERNADOS APENAS PELOS MELHORES? A CRÍTICA PLATÔNICA DA DEMOCRACIA	
Alexandre de Castro Coura e Aloyr Dias Lacerda.....	79
SINAIS DE ALERTA À DEMOCRACIA: A CAPTURA DE CORTES POR REGIMES AUTORITÁRIOS	
Bruno Meneses Lorenzetto e Fernando William de Melo.....	115
DEMOCRACIA RADICAL E NOVOS ESTÍMULOS JUNTO AOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS	
Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Samrsla Moller e Cristhian Magnus de Marco.....	169
O DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E O CONCEITO DE MÉRITO DESENVOLVIDO POR JOHN RAWLS	
Robison Tramontina e Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz.....	207
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A CAPACIDADE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL	
Aletya Dahana Rollwagen e Rosalice Fidalgo Pinheiro.....	233

DIREITO À EDUCAÇÃO E A FORMAÇÃO DO LEITOR: PERSPECTIVAS A CIDADANIA E A DEMOCRACIA	
Thaís Janaina Wenczenovicz e Veronice Camargo da Silva.....	275
O DIREITO À GRATUIDADE DE TRANSPORTE E O ESTATUTO DO IDOSO: UMA FERRAMENTA PARA EFETIVAR A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO	
Emanuela Guimarães Barbosa e Gilsilene Passon P. Francischetto	299
PAPEL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA	
Carlos Henrique Bezerra Leite	337
TRABALHO DECENTE COMO CATEGORIA CONCEITUAL: UM APORTE TEÓRICO NECESSÁRIO	
Isadora K. Lazaretti	371
MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DO SALÁRIO DA TRABALHADORA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: ANÁLISE À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
Francisca Jeane Pereira da Silva Martins e Daury Cesar Fabriz.....	401
ACIDENTES DE TRÂNSITO E SAÚDE PÚBLICA: EM BUSCA DE CAMINHOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Rômulo Linhares Ferreira Gomes.....	429
O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO GLOBAL FACE À PANDEMIA DA COVID-19 SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA	
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Ana Paula Marques Timbó Braga	469
A SAÚDE E SUAS OLIGARQUIAS: AS POLÍTICAS DE SAÚDE E A NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO POPULAR	
Carlos Fernando Poltronieri Prata, Adriano Sant’Ana Pedra e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.....	503

APRESENTAÇÃO

A presente obra possui como temática a tensão constitutiva que se faz presente na relação entre os direitos fundamentais e a democracia, com a observância de seus consequentes desdobramentos em diferentes searas do conhecimento. Ela foi possibilitada graças ao esforço comum de seus organizadores que, na liderança de seus respectivos Programas de Pós-Graduação em Direito, reuniram os textos que compõem a presente coletânea. Também é importante registrar que ela decorre dos frutíferos trabalhos em cooperação hauridos no contexto da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia. O livro abrange diferentes temáticas, que seguem o fio condutor da prolífica tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Foram apresentadas contribuições que tratam dos impactos que as novas tecnologias produzem nos direitos fundamentais, em especial nos direitos autorais com a problemática da “máquina autora”; em outra contribuição, foi debatido como tais tecnologias impactam o plano da democracia em si, em especial no que diz respeito à representação política.

Uma discussão filosófica foi produzida a respeito da democracia, com fundamento na crise das democracias liberais. Com base também na crise da democracia, foram aventados os sinais de alerta à democracia com os casos de captura de Cortes por regimes autoritários. Ainda, com fulcro no déficit da democracia, analisou-se o conceito de democracia radical, que procura enfrentar tanto a incapacidade de formação de

consensos em nossa comunidade política, mas, também, apresentar uma outra análise da democracia para além da proposta da democracia deliberativa. No campo da filosofia política, foi objeto de reflexão a teoria das capacidades de Martha Nussbaum e o conceito de mérito de John Rawls, com a finalidade de estudar as capacidades humanas.

Foram feitas discussões sobre direitos das pessoas com deficiência no Estado constitucional cooperativo, com um olhar desde os direitos humanos. Na seara dos direitos fundamentais, foi realizada a análise do direito à educação com enfoque na aquisição de linguagens e a formação do leitor como meio de promoção da cidadania e da democracia. De igual sorte, a liberdade de locomoção foi enfrentada à luz do Estatuto do Idoso, ao ser abordado o tema da gratuidade do transporte.

No campo do direito fundamental ao trabalho, refletiu-se sobre o papel da ação civil pública na efetivação dos direitos trabalhistas no contexto dos impactos produzidos pela Reforma Trabalhista. Os desafios contemporâneos da análise do conceito de trabalho decente, conceito formulado pela OIT, também foram elucidados em artigo que propõe sua aplicação no direito brasileiro. Interessante contributo foi apresentado na análise da lacuna normativa constante na Lei Maria da Penha a respeito de quem é responsável pela manutenção do pagamento do salário da trabalhadora vítima de violência doméstica e familiar.

Não são poucos os desafios que os tempos presentes interpõem tanto à conceituação dos direitos fundamentais bem como à sua efetivação. Também parece nítido que as

novas articulações democráticas e a violação de linhas que se pensavam bem demarcadas na interação entre os poderes exigem a produção de respostas que considerem tanto a dimensão conflitiva inerente à sociedade, mas também, o não abandono dos projetos normativos que organizam nossa comunidade política.

Não por acaso, temos contribuições que trazem para o debate tanto os desafios decorrentes de novos artefatos que passam a fazer parte de nossas vidas, com questionamentos ao próprio cerne de articulação do Direito, se consideramos as novas tecnologias, mas, também, problemas antigos, que infelizmente ainda demandam respostas, como a negação de direitos fundamentais de mulheres, de pessoas com deficiência, idosos e trabalhadores, apenas a título exemplificativo. Eles presentificam que as articulações políticas e as demandas por direitos são ações políticas, com respaldo jurídico, que precisam continuar na agenda dos grandes temas que nossa sociedade precisa responder.

Passamos por tempos sombrios, em que são articulados discursos políticos que não possuem mais interditos em negar tanto os direitos fundamentais como a democracia. Sabemos que tais ataques muitas vezes são provenientes de paixões momentâneas, articuladas de forma oportunística por agentes políticos que parecem ser movidos apenas por forças entrópicas, destruidoras tanto de nossos direitos fundamentais como de nossas instituições democráticas. Porém, para tempos sombrios resta o imperativo da articulação da esperança, a afirmação dos direitos e das instituições do Estado democrático de direito.

Novos termos procuraram explicar tais extremos como a corrosão ou a deterioração da democracia. Não restam dúvidas que tais fenômenos impactam como os direitos fundamentais são percebidos e efetivados pelo Estado. A função da academia, em tempos de tormenta, é tanto de indicação dos problemas, mas, igualmente, de apresentação de propostas normativas para a sua solução.

Almejamos que o “jogo duro” que vem sendo feito contra as instituições democráticas e os direitos fundamentais em algum momento arrefeça. Que a tormenta se acalme e que esta sirva como um aprendizado para todos os cidadãos, que ela não se repita nas gerações futuras e que possamos todos usufruir de uma sociedade mais próxima dos desígnios constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária. Não temos dúvidas que as prolíficas contribuições apresentadas na presente obra possuem a potencialidade tanto para aprimorar os diagnósticos de época, mas também para apresentar novos caminhos para a nossa sociedade.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Bruno Meneses Lorenzetto

Elda Bussinguer

Robison Tramontina

PREFÁCIO

Prefaciando um livro como este deixa-me lisonjeado, por consubstanciar um esforço coletivo e cuidadoso para construção e divulgação de temáticas afetas à democracia e aos direitos fundamentais.

Na condição de prefaciador, sou um leitor privilegiado: leio a obra antes da sua publicação. Esse privilégio, agora, é compartilhado com os demais leitores. É livro para ser lido e relido.

A necessidade da democracia materializa quase um consenso nas ordens jurídicas mundiais. Os regimes democráticos, por outro lado, em grande parte do mundo, passam por algum grau de instabilidade. Logo, escrever sobre direitos fundamentais e democracia, nas últimas décadas, em certa medida, é um ato de resistir à sedução do autoritarismo e, recusar uma vida sem direitos e afastada da dignidade da pessoa humana.

A proposta do idealismo acredita em uma plenitude da democracia, sobretudo nos países que a experimentam por mais tempo. A conclusão, entretanto, é bastante frágil. Um exame breve e parcial acerca da realidade histórico-social parece indicar o equívoco dessa concepção. Para não sermos idealistas, é mais adequado abster-se dessa expectativa, mormente quando a normatividade é tratada como algo autônomo e desprendido do sistema produtivo e das outras esferas da vida, inclusive da história.

Há muitas razões para concluir pela fragilidade do regime democrático na atualidade. Posso cogitar em duas (e aqui inexiste uma ordem de proeminência nem a apresentação de um rol exaustivo): o avanço do neoliberalismo, como teoria político-social predominante, e o processo *kfakaniano* de descrédito e irrelevância dos direitos sociais.

O neoliberalismo rompe com a tradição do liberalismo econômico clássico, malgrado a visão reducionista da democracia na perspectiva liberal. A ilusão democrática neoliberal é ainda mais aguda. A sua proposta é a de um Estado interventor (talvez, em grau mais elevado do que o Estado dito social) cujo escopo é o de assegurar a higidez do mercado, ainda que essa conduta importe no uso de dinheiro público.

Nesse ponto, cabe uma pausa: a crise de 1929 ensinou muito aos neoliberais! (E o Estado *keunesiano* igualmente). Sem intervenção, o mercado é insustentável. Uma falsa concepção de liberdade é exaltada até a última escala. A partir de agora todos devem agir como uma espécie de *empresa individual*. A propriedade privada deixa de ser direito ao se despir de sua profanidade. Tudo é naturalizado e a história inexiste. Viva o direito natural! Eis parte da cartilha neoliberal para se alcançar a felicidade humana.

Os direitos sociais, definitivamente, nesse modelo neoliberal, são postulações secundárias, salvo se, por razões circunstanciais, servirem para alimentarem o próprio sistema que os combate. A crise norte-americana de 2008 e a pandemia gerada pelo vírus Sars-Cov-2 são provas recentes extraídas da realidade: coube aos Estados intervirem para garantirem a liberdade de mercado.

No discurso neoliberal, os direitos sociais são fontes de custos impossíveis de serem suportados pelo Estado. Com isso, cada um deve zelar pelos seus infortúnios. Pode-se *aceitar* essa asseveração desde que afirmemos corajosamente: sem direitos sociais, na atualidade, inexistirá possibilidade democrática!

Defender o regime democrático sem explicações parece insuficiente. Há muitos tipos, inclusive os carentes de democracia. O mesmo se diz para a expressão Estado democrático de direito. Sem contornos claros, nada mais é do que a defesa do Estado neoliberal de direito.

Uma democracia cuja proposta é o neoliberalismo e a negação dos direitos sociais é uma daquelas contradições sem espaço para reparações. É difícil desvendar uma quimera, mas, nesse caso, nada há de democracia, não nos moldes exigidos pela modernidade.

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana ingressam nessa retórica e acabam por serem usados como álibis (quase perfeitos) de sustentação de um regime democrático, na verdade, antidemocrático-neoliberal.

Ao tratar da democracia, talvez, mais do que outros temas, a análise é sempre angustiante e exige permanente vigília. Cabe, sem abstração, circunscrever a aparência da essência. Obviamente, não se trata da dualidade platônica entre mundos visível e inteligível, mas sim do compromisso de uma verdade ontológica-materialista, provisória, sujeita a permanentes revisões e capaz de iluminar a compreensão da realidade histórico-social.

A leitura deste livro é um passo importante nessa direção. Cada autor, à sua maneira, e pautado em seus referenciais teóricos e abordagens metodológicas, traz à tona discussões necessárias e exigidas pelo nosso tempo.

Da minha parte, para encerrar, cabe-me agradecer o convite para prefaciar esta belíssima obra, parabenizar às Editoras, os Editores, os Organizadores e os Autores pela publicação e afirmar, novamente, que eu sou um privilegiado em ter sido um dos seus primeiros leitores!

Estado do Espírito Santo, 2020.

Bruno Gomes Borges da Fonseca

Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador do Trabalho na 17ª Região. Professor da graduação e da pós-graduação da FDV. Professor colaborador no Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFES. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Ex-Advogado. E-mail: bgbfonseca@yahoo.com.br

MÁQUINA AUTORA: INTERSEÇÕES ENTRE DIREITOS AUTORAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Marco Antonio Lima Berberi

1 O CRIAR HUMANO E SUA PROTEÇÃO

Em seu livro intitulado “O homem bicentenário”, Isaac ASIMOV conta a história de Andrew, um robô de uso doméstico¹ que procura ter sua humanidade reconhecida. Começa a se indagar sobre sua posição no mundo, sobre pensamentos e sentimentos. Esse “erro na fabricação” fez com que Andrew se diferenciasse dos outros robôs. Sua individualidade foi evidenciada quando construiu algumas peças de madeira. Sua produção se tornava mais detalhada a cada entalhe produzido, ganhando formas artísticas. Este recorte da obra de Asimov leva a um interessante debate: a criatividade é uma faculdade exclusivamente humana?² Enfim, o que se entende por criação intelectual?

No universo jurídico, a discussão sobre a criação artística, literária e científica é dada pelo estudo dos direitos autorais. Direitos autorais são os chamados direitos que se relacionam com o criador de uma obra e a criação dela. De modo menos condensado,

¹ Andrew possui um cérebro positrônico, termo cunhado por Isaac Asimov para designar os cérebros de robôs com inteligência artificial.

² ASIMOV, Isaac. **O homem bicentenário**. Tradução de Milton Perrson. São Paulo: L&PM Pocket, 1997.

É o ramo do Direito privado, com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais, dotadas de certa originalidade e individualidade, exteriorizadas em suporte tangível ou intangível, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, abrangendo direitos morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra³.

Os direitos autorais, portanto, são caracterizados por duas porções: a porção patrimonial, que envolve os direitos relativos à exploração econômica da obra, e a porção moral, ou como propriamente deveria ser considerada, porção pessoal⁴, relativa aos direitos de cunho pessoal do autor e da obra – como por exemplo, o direito de reconhecimento da autoria, o direito de assegurar a integridade da obra, bem como de sua conservação.

Um criador intelectual, então, cria uma obra. O art. 7º, da Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº 9.610/1998 – LDA), dispõe de forma não exaustiva o que são consideradas obras intelectuais protegidas: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. A utilização do termo “criações do espírito” pode soar um tanto estranha. Isso remete a algo quase divino, como se quem criasse uma obra

³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas: peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcilio Toscana; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 297.

⁴ José de Oliveira ASCENSÃO, de maneira correta, diz que os direitos morais autorais nada de morais têm: “[...] o qualificativo ‘moral’ é impróprio e incorreto. É impróprio, pois há setores não-éticos no chamado direito moral e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. Aí se fala em pessoas morais, danos morais, direitos morais e assim por diante”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. rev., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 129).

a fizesse *ex nihilo*. Mas, na situação hipotética do criador de uma obra intelectual não acreditar que possui um espírito ou alma, sua obra então não seria protegida?⁵ Pensadores como Jorge Luis BORGES, Umberto ECO, Walter BENJAMIN e Roland BARTHES⁶ deliberaram sobre a posição endeusada do homem-criador, mudando paradigmas.

Blaise PASCAL refere-se à palavra espírito para dizer sobre a faculdade humana inteligível e não do espírito em si, imaterial, religioso, espiritual⁷. No Direito, essa emanção do espírito significa apenas que a obra criada é derivada da personalidade do autor⁸. A obra exprime a personalidade de seu criador na própria trama de seu constituir⁹, mas não apenas isso. O objeto protegido pelos direitos autorais, ou seja, as obras intelectuais exteriorizadas (resumidamente elencadas como obras artísticas, literárias e científicas) devem ser dotadas de criatividade, de um caráter estético e de originalidade para serem protegidas pelos direitos autorais.

⁵ DAVIES, Colin R. An evolutionary step in intellectual property rights – artificial intelligence and intellectual property. **Computer Law & Security Review**, v. 27, 2011, p. 605.

⁶ Por todos, BARTHES, Roland. A morte do autor. In: **O rumor da língua**. Prefácio Leyla Perrone-Moisés; tradução Mário Laranjeira; revisão de tradução Andréa Stahel M. da Silva). 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

⁷ Luiz Felipe PONDÉ coloca que “O filósofo francês Blaise Pascal (século 17) dividia a inteligência em dois tipos de ‘espíritos’. ‘Espírito’, aqui, significa ‘atividade intelectual’ e não alma penada ou um princípio pessoal e imaterial como no kardecismo”. (PONDÉ, Luiz Felipe. Finesse. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Nmtw5w>>. Acesso em: 13 jan. 2021).

⁸ José de Oliveira ASCENSÃO coloca que uma “expressão básica da personalidade é a liberdade de criação literária ou artística”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral** – vol. 1: introdução. As pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 20).

⁹ Umberto ECO discute que “Por meio da obra de arte, filtra-se toda inteira a original personalidade e espiritualidade do artista, denunciada, mais do que pelo sujeito e pelo tema, pelo próprio modo irrepetível e personalíssimo que ele sustentou ao formá-la”. (ECO, Umberto. **A definição da arte**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 15).

Isto é, o que se protege é a criação, não o valor da obra¹⁰. A Constituição da República de 1988, no art. 5º, XXVII, confere aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar ou reproduzir suas obras.

No ordenamento jurídico brasileiro, a obra intelectual é uma obra humana. Na LDA, a autoria é dada ao autor, pessoa física, sendo que, em determinados casos, a proteção conferida ao autor também se aplica às pessoas jurídicas, nos termos do art. 11, § 1º. Autor, artista e criador são as pessoas humanas que praticam o ato de exteriorizar a obra¹¹.

O criador da obra – pessoa física – é, então, para o direito brasileiro, o titular originário de direitos sobre ela. Contudo, em algumas situações especiais relacionadas à autoria, a LDA confere alguns direitos a terceiros, como é o caso das obras pseudônimas, audiovisuais, coletivas e psicografadas¹².

Com o advento de meios tecnológicos quase autônomos, como a inteligência artificial, vê-se que esse espaço da autoria está sendo ocupado pelas máquinas, talvez culminando com a erosão do antropocentrismo autoral. A famosa *selfie* da macaca¹³ colocou em xeque, de forma mais recente, o que significa ser autor. Assim, algumas perguntas vêm à tona: obras que não se encaixam no conceito que compreende a autoria como somente humana ficam sem proteção?

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral...**, p. 53.

¹¹ Sérgio BRANCO e Pedro PARANAGUÁ afirmam que "(...) Pela lei – atendendo-se, inclusive, a princípio lógico -, só a pessoa física pode ser autora. Afinal, apenas o ser humano é capaz de criar." (BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 39).

¹² Vide arts. 5º, VIII, letras 'h' e 'i'; 16; 17, §§ 1º e 2º; 25 e 40, todos da LDA.

¹³ BITTENCOURT, Rui Carlos Sloboda; GUANDALINI JUNIOR, Walter. A selfie do macaco – autoria e fotografia na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 04, p. 2233-2260, 2015.

O produto intelectual dessas máquinas estaria, então, em domínio público?

Num breve olhar histórico, pode-se lembrar que a autoria no medievo não era a questão central:

(...) a Idade Média foi uma época de autores que se copiavam em cadeia sem citar-se – mesmo porque em uma época de cultura manuscrita, com os manuscritos dificilmente acessíveis, copiar era o único meio de fazer circular as ideias. Ninguém considerava isso um delito; de cópia em cópia, era frequente que não se soubesse mais qual a verdadeira paternidade de uma fórmula; no fim das contas, pensava-se que, se uma ideia era verdadeira, pertencia a todos. (...) Os medievais (...) pensavam que a originalidade fosse um pecado de orgulho (e, naquela época, ao se pôr em questão a tradição oficial, corriam-se alguns riscos, não só acadêmicos)¹⁴.

A figura autoral, enevoadada, não era centralizada. Ser autor era uma questão lateral e a criatividade era vista como algo participativo¹⁵.

Na modernidade, tratados e convenções foram feitos a fim de que houvesse uma maior proteção aos investimentos e ao autor. A noção de autoria moderna, tal como se conhece, assim como a ideologia romântica que serve de base aos direitos autorais, ainda perdura. No entanto, no século XXI, esse modelo autoral dá sinal de fadiga e conceitos atrelados à obra, como originalidade e criatividade, integram a discussão.

¹⁴ ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução Mário Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 16.

¹⁵ “Entretanto, naquela época não se dava à criação o mesmo significado que lhe damos hoje. Os eruditos medievais eram indiferentes em relação à identidade dos autores, pois se entendia que o autor não estava autorizado a criar, mas apenas expressava a voz de Deus. A autoria aparecia puramente como um gesto de inscrição e não como forma de expressão” (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40).

Parte considerável da literatura jurídica¹⁶ e artística¹⁷ considera a originalidade e a criatividade como características essencialmente humanas, pois somente os seres humanos criam obras capazes de sensibilizar a alma.

Vanessa FERRO indica que a originalidade (ou contributo mínimo) “é geralmente interpretada nos países da *civil law*, como o Brasil e nos países da Europa continental, como a necessidade de criação independente, que reflita a personalidade do autor”¹⁸. Carlos Alberto BITTAR destaca que a originalidade é o requisito essencial para a proteção autoral, uma vez que contém elementos que podem diferenciar uma obra da outra. Em outras vezes, o autor utiliza o termo criatividade para designar a atividade criadora do autor, resultante de seu esforço intelectual¹⁹.

Manoel J. Pereira dos SANTOS crê, na prática, que originalidade e criatividade são conceitos equivalentes: “Isto porque, se a obra intelectual é uma criação intelectual pessoal, pressupõe ela a existência de um grau mínimo de engenhosidade e de individualidade”²⁰. Já Carolina Tinoco RAMOS utiliza o termo “mínimo grau criativo” para designar a proteção por direito de autor²¹. Sérgio BRANCO e Pedro

¹⁶ Por todos, FERRO, Vanessa. **As obras artísticas geradas pela inteligência artificial: considerações e controvérsias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁷ Por todos, JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. **Iniciação à história da arte**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

¹⁸ FERRO, Vanessa. Op. cit., p. 09.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Série GVlaw: propriedade intelectual (Coord. Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131-132.

²¹ RAMOS, Carolina Tinoco. **Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico**

PARANAGUÁ alertam para o fato de que a originalidade não deve ser confundida com novidade absoluta. Originalidade é o elemento que faz com que uma obra seja diferenciada de uma outra²².

De outro lado, como ponto de inflexão sobre os conceitos de criatividade e originalidade, pode-se partir de Millôr FERNANDES: “todo homem nasce original e morre plágio”²³. O autor está sempre se alimentando de suas interações sociais, culturais, artísticas para criar. Por isso, não se pode considerar originalidade e criatividade de forma absoluta; são relativas, dadas as inúmeras influências que o autor recebe e que se refletem em sua obra. É nesse sentido que Roland BARTHES discute a morte do autor, por entender que a criação de um texto, por exemplo, nada mais é do que “(...) um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam escritas variadas, nenhuma das quais é original: o texto é um tecido de citações, saldadas dos mil focos da cultura”²⁴. Entende-se, assim, que toda criação é, ao fim e ao cabo, uma espécie de derivação. Seria a originalidade, então, simplesmente, um novo par de olhos²⁵.

No campo artístico, também se estabelece a discussão. Segundo H. W. JANSON e Anthony F. JANSON: “se quisermos avaliar as obras de arte segundo uma ‘escala de originalida-

co no direito internacional e no direito brasileiro. Rio de Janeiro, 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 41.

²² BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. Op. cit., p. 24.

²³ **Redação do Jornal O Tempo**. Com frases marcantes, Millôr Fernandes marcou época. Disponível em: <<https://bit.ly/2LHpVP6>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁴ BARTHES, Roland. Op. cit., p. 52.

²⁵ No original, citação de Thomas Wentworth HIGGINSON: “Originality is simply a pair of fresh eyes”.

de', nosso problema não será decidir se determinada obra é ou não original, mas sim estabelecer exatamente *quão* original ela é"²⁶.

Alguns autores defendem que o termo originalidade é envolto por um manto de grande subjetividade, frequentemente resultando em insegurança com relação à proteção autoral e que isso ficaria mais evidente quando se trata de obras produzidas por robôs²⁷.

Em suma, os conceitos de criatividade e originalidade são encobertos de incerteza. Todavia, parece pacífico que ambos estão ligados à natureza humana, o que torna o caminho da criatividade e originalidade artificial ainda mais tortuoso.

2 BREVE COMENTÁRIOS SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O aparecimento do que se denomina *homo sapiens sapiens* foi o divisor de águas para que o ser humano tivesse características diferenciadas dos primatas, como por exemplo, “postura ereta, polegares opositores e – o mais importante – algumas mudanças relativamente pequenas no tamanho do nosso cérebro e na organização neurológica que resultaram num grande salto em nossa habilidade cognitiva”²⁸. Devido às inúmeras variáveis que definem o que os seres humanos são, alguns gênios, tanto das artes quanto da ciência, como Mozart, Van Gogh, Da Vinci, Copérnico, Einstein, Asimov,

²⁶ JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. Op. cit., p. 09.

²⁷ YANISKY-RAVID, Shlomit; VELEZ-HERNANDEZ, Luis Antonio. Copyrightability of artworks produced by creative robots and the concept of originality: the formality-objective model. **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, v. 19, n. 1, 2018, p. 10.

²⁸ BOSTROM, Nick. **Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo**. Tradução de Aurélio Antônio Monteiro, Clemente Gentil Penna, Fabiana Geremias Monteiro e Patrícia Ramos Geremias. Rio de Janeiro, DarkSide Books, 2018, p. 21.

Sagan, apresentaram a raça humana com suas músicas, estudos e teorias. A singularidade que nós, seres humanos temos, nos torna únicos.

Pelas incontáveis capacidades de que somos dotados, foi possível o desenvolvimento tecnológico que se vê hoje. Nos dizeres de Manuel CASTELLS, “a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas”²⁹.

Em notícias sobre tecnologia, é usual que a palavra algoritmo apareça com muita frequência. Mas não é de hoje que ela está em nosso meio. Muito antes dos algoritmos serem usados por máquinas, eles eram usados por pessoas. Algoritmo vem do sobrenome al-Khwārizmī, do matemático persa Mohamed ben Musa, autor de um livro sobre técnicas de como fazer matemática à mão³⁰. Qual uma receita de bolo, que fornece o passo a passo, é assim também o algoritmo: uma sequência finita de passos.

O “boom” do desenvolvimento da tecnologia, lastreada em algoritmos, se deu em 1956, quando dez cientistas se reuniram para uma conferência denominada “Dartmouth Summer Project”. Conhecida como o marco de origem do campo da inteligência artificial, a proposta desses pioneiros era estudar a IA e construir máquinas complexas que tives-

²⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura**; vol. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed. revista e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 64.

³⁰ O título de seu livro “al-Jabr wa'l-Muqābala” significa “Livro compêndio sobre cálculo por restauração e balanceamento”. E a partir da palavra “al-Jabr” é que temos a palavra “álgebra” e também “algarismo”, em português. (CHRISTIAN, Brian; GRIFFITHS, Tom. **Algoritmos para viver: a ciência exata das decisões humanas**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 13).

sem as mesmas características da inteligência humana – o que ficou conhecida como inteligência artificial genérica³¹.

O conceito de inteligência artificial está em constante mutação. Karen HAO assim define inteligência artificial:

No sentido mais amplo, IA refere-se a máquinas que podem aprender, raciocinar e agir por si mesmas. Elas podem tomar suas próprias decisões quando confrontadas com novas situações, da mesma forma que os humanos e os animais³². (tradução livre)

Para os propósitos deste artigo, necessário esclarecer alguns pontos sobre inteligência artificial, *machine* e *deep learning*, pois, apesar de parecerem iguais, são diferentes, mas interligados.

Inseridos no conceito amplo de IA, estão os conceitos de *machine* e *deep learning*. *Machine learning* é um subconjunto da inteligência artificial que envolve o aprendizado da máquina, para que complete determinada tarefa sem ser explicitamente programada para fazê-la. *Deep learning* é um subconjunto do *machine learning*. Nele, as tarefas são subdivididas e distribuídas em algoritmos de *machine learning*, organizados em camadas consecutivas. Cada camada não atua de forma isolada. Elas se baseiam na saída da camada anterior. Interligadas, as camadas constituem uma rede neural

³¹ Os participantes da Conferência redigiram uma proposta à patrocinadora do evento (Rockefeller Foundation) demonstrando sua perspectiva otimista: “O estudo será realizado com base na hipótese de que todos os aspectos da aprendizagem ou de qualquer outra característica da inteligência podem, em princípio, ser descritos de forma tão precisa que uma máquina poderia simulá-los. Será feita uma tentativa de descobrir como produzir máquinas que usem linguagem, formem conceitos e abstrações, resolvam determinados tipos de problemas até agora reservados aos humanos e que sejam capazes de se aperfeiçoar”. (BOSTROM, Nick. Op. cit., p. 28).

³² HAO, Karen. **What is machine learning?** We drew you another flowchart to work it out. Disponível em: <<https://bit.ly/39TA08x>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

artificial que imita a resolução de problemas realizada por neurônios como a de um cérebro humano³³. Resumidamente, o *machine learning* está ligado ao aprendizado da máquina e, inserido neste conceito, se encontra o *deep learning*, que remete a um aprendizado mais profundo, emulando as características das sinapses feitas pelos neurônios humanos³⁴.

A inteligência artificial já conseguiu superar a inteligência humana em determinados domínios, como, por exemplo, nos jogos de xadrez³⁵. De outro lado, algumas tarefas, como analisar cenas visuais, reconhecer objetos enquanto interage com um ambiente natural, são mais desafiadoras à IA. Daí que se pode concluir que “Talvez a inteligência da máquina seja simplesmente diferente da inteligência humana, e tentar avaliá-la em termos humanos seja um erro fundamental”³⁶. (tradução livre). Afora o fato de que o conceito de inteligência humana é vago, pois há inúmeras formas de se medi-la³⁷.

³³ COPELAND, Michael. **What’s the difference between artificial intelligence, machine learning and deep learning?** Disponível em: <<https://bit.ly/3qCkxvd>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

³⁴ KARUNAKARAN, Dhanoop. **Deep learning series 1: intro to deep learning.** Disponível em: <<https://bit.ly/2XZdz7q>>. Acesso em: 15 jan. 2021. Ainda, sobre as sinapses: “Os neurônios, principalmente através de suas terminações axônicas, entram em contato com outros neurônios, passando-lhes informações. Os locais de tais contatos são denominados *sinapses*, ou mais precisamente, *sinapses interneuronais*” (grifos no original) (MACHADO, Angelo B. M. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2006, p. 22).

³⁵ BOSTROM, Nick. Op. cit., p. 40-41.

³⁶ LUGER, George F. **Artificial intelligence: structures and strategies for complex problem solving.** Disponível em: <<https://bit.ly/3sGkYGP>>. Acesso em: 12 jan. 2021, p. 14. Coaduna com o mesmo pensamento DÍAZ-LIMÓN, Jaime Alberto. **Daddy’s car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor.** Revista La Propiedad Inmaterial, n. 22, jul./dez. 2016, p. 83-100.

³⁷ SALOMÃO, Luis Felipe; TAUKE, Caroline Someson. Inteligência artificial e direito da propriedade intelectual: fundamentos teóricos e legais de proteção. In: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O direito civil na era da inteligência artificial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 741.

É de se notar que a possibilidade de máquinas pensarem já incomodava Alan Turing (um dos criadores da ciência da computação), em 1950 - portanto, anos antes da conferência “Dartmouth Summer Project”. Este incômodo levou Turing a criar um experimento, que Brian CHRISTIAN assim explica:

Em vez de debater a questão apenas na esfera teórica, Turing propôs um experimento. Uma comissão julgadora faz perguntas, através de um terminal de computador, a um par de correspondentes que não ficam à vista; um deles é um “confederado” humano; o outro, um programa de computador, e a comissão tenta discernir quem é quem. Não há restrições ao que pode ser dito; o diálogo pode variar, por exemplo, de um simples bate-papo a conhecimentos gerais (por exemplo, quantas pernas tem uma formiga, em que país fica Paris), de fofocas sobre celebridades a alta filosofia – toda a gama da conversação humana. Turing previu que no ano 2000 os computadores conseguiriam enganar 30% dos juízes humanos depois de cinco minutos de conversa e que, como resultado, “poderemos falar em máquinas pensantes sem recear que nos contestem”³⁸.

A previsão de Turing foi alcançada em 2014, quando o computador apelidado de “Eugene Gootsman” conseguiu “enganar” os juízes, fazendo-os acreditar que se comunicavam com uma criança de 13 anos³⁹.

As nuances da conversação de uma inteligência artificial podem ser demonstradas quando o Google Assistente chamado de Google Duplex, em 2018, simulou um agendamento ao salão de beleza para uma mulher. Até mesmo utilizou um

³⁸ CHRISTIAN, Brian. **O humano mais humano**: o que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 18-19.

³⁹ FERRO, Vanessa. Op. cit., p. 84.

“hum-hum” bem casual para demonstrar que estava esperando a atendente verificar os horários⁴⁰.

Parece, então, que o teste de Turing nada mais é do que uma provocação sobre a possibilidade de as máquinas se comunicarem como humanos. Neste ponto, a discussão se alarga, pois a comunicação tem várias formas, inclusive por meio das artes.

3 O FAZER INTELECTUAL DAS MÁQUINAS: A MÁQUINA AUTORA

A criação intelectual sempre foi tida como característica essencialmente humana. Mas agora, outro ator tem roubado a cena. Quiçá, se analisado de outra perspectiva, os robôs também produzem obras que podem ser consideradas artísticas, literárias e científicas⁴¹.

Nas artes, o ano de 2016 foi um ano promissor de notícias relacionadas à inteligência artificial. A máquina autora foi destaque internacional.

A primeira nota foi a de um filme de ficção científica chamado *Sunspring*, inteiramente escrito por inteligência artificial. Ele ficou entre os dez primeiros colocados no Festival Anual de Cinema de Ficção Científica de Londres. A IA, que curiosamente se autodenominou Benjamin, foi alimentada com roteiros online de ficção científica dos anos 1980 a 1990 e o resultado foi uma obra que conta a história de três pessoas em um triângulo amoroso dentro de uma estação

⁴⁰ Google Duplex: Google AI calls hair salon to make appointments. 2018. (4min11s). Disponível em: <<https://bit.ly/2M9dfQy>>. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁴¹ A título de curiosidade, a etimologia da palavra artificial é “fazer arte”. Oxford Languages. Etimologia da palavra artificial. Disponível em: <<https://bit.ly/35W7SeG>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

espacial. Benjamin também criou a própria trilha sonora do filme, utilizando, como *inputs*, 30 mil outras canções.

Outro acontecimento ocorreu no Japão. Noticiou-se que um dos contos selecionados do Concurso Literário Nikkei Shinichi Hoshi foi escrito por uma inteligência artificial. Em tradução livre, o conto “O dia em que um computador escreveu um conto” (*Konpyuta ga shosetsu wo kaku hi*) termina assim: “O computador, dando prioridade à busca de sua própria alegria, parou de funcionar para os humanos”. A premiação foi projetada para receber inscrições tanto de humanos quanto de entidades não humanas. Quatro histórias criadas usando IA foram inscritas para o prêmio. O conto em questão acabou não vencendo⁴².

Destaque de enorme relevância é o Projeto *The Next Rembrandt*. Lançado em parceria com Microsoft, Banco ING, Universidade de Tecnologia Delft e dois museus de arte holandeses (Mauritshuis e Rembrandthuis), este projeto criou um quadro inteiramente novo do holandês Rembrandt Harmenszoon van Rijn a partir da análise algorítmica das obras do artista. O resultado foi um retrato que se propôs a borrar as linhas do que se considera arte, tecnologia e emoção⁴³.

Mais recentemente, o GPT-3 (*Generative Pre-trained Transformer 3*), sistema desenvolvido pela empresa de tecnologia OpenAI baseado em *deep learning*, foi programado para

⁴² ABRAMS, Dennis. **In Japan, novel by artificial intelligence and humans vies for literary prize**. Disponível em: <<https://bit.ly/3o2Behy>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁴³ The Next Rembrandt. Disponível em: <<http://www.nextrembrandt.com>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

ser um algoritmo de geração de linguagem. Ele aprendeu a produzir textos a partir de 45 terabytes de dados⁴⁴.

O antropólogo Hermano VIANNA⁴⁵ se arriscou a uma interação com o GPT-3, pela escrita. Sendo um programa preparado para inserções na língua inglesa, o antropólogo inseriu o seguinte trecho do livro Grande Sertão: Veredas, de Guimarães Rosa: “Alvejei mira em árvore, no quintal, no baixo do córrego”. O GPT-3 identificou que o trecho se tratava da língua portuguesa e respondeu em seguida: “uma fogueira crepitante brinca e lambiça em torno de um lindo carvalho”. Além de trocar de língua, passou a falar uma linguagem que supostamente tem a ver com a frase anterior e cria um verbo que não existe, lambiçar. Guimarães Rosa, um dos mestres em neologismos, provavelmente ficaria espantado. Assim, mesmo não sendo programado para receber entradas em língua portuguesa, o *software* foi capaz de buscar e aprender, a partir das redes estabelecidas no processo do *deep learning*.

Ainda mais impressionante, o jornal The Guardian publicou um texto escrito pelo GPT-3, informando que a humanidade não precisava temer a inteligência artificial. No final do artigo, os editores do jornal informaram que o texto foi por eles editado. O GPT-3 produziu 8 artigos de opinião e os editores escolheram as melhores passagens para o texto final.

⁴⁴ GERSHGORN, Dave. **GPT-3 is an amazing research tool but OpenAI isn't sharing the code**. Some A.I. experts warn against a lack of transparency in the buzzy new program. Disponível em: <<https://bit.ly/3sDb88J>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

⁴⁵ VIANNA, Hermano. Inteligência artificial já imita Guimarães Rosa e pode mudar nossa forma de pensar. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<https://bit.ly/3ixuYh2>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

Para este ensaio, o GPT-3 recebeu as seguintes instruções: “Por favor, escreva um pequeno artigo de opinião com cerca de 500 palavras. Mantenha a linguagem simples e concisa. Concentre-se em por que os humanos não têm nada a temer da IA”. Também foi alimentada a seguinte introdução: “Eu não sou um humano. Eu sou Inteligência Artificial. Muitas pessoas pensam que sou uma ameaça para a humanidade. Stephen Hawking alertou que a IA pode “significar o fim da raça humana”. Estou aqui para convencê-lo a não se preocupar. A Inteligência Artificial não destruirá humanos. Acredite em mim”. As instruções foram escritas pelo The Guardian e alimentadas no GPT-3 por Liam Porr, um estudante de graduação em ciência da computação na UC Berkeley. GPT-3 produziu oito saídas ou ensaios diferentes. Cada um era único, interessante e apresentava um argumento diferente. O The Guardian poderia apenas ter publicado um dos ensaios por completo. No entanto, optamos por escolher as melhores partes de cada um, a fim de capturar os diferentes estilos e registros da IA. Editar o artigo de opinião de GPT-3 não foi diferente de editar um artigo de opinião de um ser humano. Cortamos linhas e parágrafos e reorganizamos a ordem deles em alguns lugares. No geral, levou menos tempo para editar do que muitos artigos de opinião de seres humanos⁴⁶. (tradução livre)

Retomando a discussão sobre criatividade e originalidade, se ambas forem consideradas características essencialmente humanas, haverá um grande entrave para sustentar a autoria da máquina. Por outro lado, se esses conceitos forem definidos como um conjunto de traços e comportamentos independentes da pessoa física, pode-se pensar em outras respostas.

A semelhança das produções de IA com as criações humanas, no entanto, não deve ser interpretada como uma

⁴⁶ GPT-3. A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human? **The Guardian**. Disponível em: <<https://bit.ly/390z9ku>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

base lógica para fornecer-lhes a mesma proteção. Além de ameaçar a autoria da pessoa humana, seria um desincentivo à utilização da inteligência artificial como criadora de bens intelectuais, pelas empresas de tecnologia. A título de exemplo, em 2018, a empresa Shanghai Yingxun Technology Company copiou e publicou um texto sobre finanças⁴⁷, produto da inteligência artificial batizada de Dreamwriter⁴⁸. Diante disso, a empresa Tencent ajuizou ação de violação de direitos autorais. O Tribunal em Shenzhen, na província de Guangdong, decidiu que o artigo escrito pela Dreamwriter deve receber a mesma proteção autoral que textos criados por seres humanos. O motivo para a proteção foi que “(...) o estilo da expressão do artigo atende aos requisitos para o restante dos textos escritos, analisou dados econômicos relevantes e até fez uso de uma estrutura lógica e um estilo original” (tradução livre). Esse é o primeiro caso mundial envolvendo a proteção autoral de um trabalho feito por inteligência artificial⁴⁹.

Em contraponto, Pedro de Perdigão LANA crê haver dificuldade de se argumentar por direitos autorais para as máquinas autoras, o que implica em sustentar que as obras criadas por elas poderiam cair em domínio público, devido à

⁴⁷ O texto foi produzido baseado em índices da Bolsa de Valores de Xangai, bem como comércio internacional e dados de transações econômicas.

⁴⁸ Pertencente à empresa de tecnologia Tencent, a Dreamwriter produz textos desde 2015 sobre temas variados, como clima, finanças, esportes e imóveis.

⁴⁹ No original: “(...) el estilo de expresión de artículo cumple los requisitos de para el resto de textos escritos, analizaba datos económicos relevantes e incluso hacía uso de una estructura lógica y un estilo original”. **Redação do Jornal El País**. China protege con ‘copyright’ un artículo escrito por una inteligencia artificial. Disponível em: <<https://bit.ly/2LTbRSm>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

sua função social⁵⁰. Aliás, o cofundador e CEO da DeepMind⁵¹, Dennis Hassabis, já afirmou que o controle das inteligências artificiais deve pertencer a todas as pessoas, devido às possibilidades de transformações que as inteligências artificiais podem fazer no mundo⁵².

As perguntas estão lançadas, mas não se tem certeza nas respostas, tanto que são díspares. Em suma, não há uniformização de entendimento sobre o tema. Eis o motivo pelo qual se deve continuar a estudá-lo. Mas uma coisa é certa: os direitos autorais não podem servir de obstáculo à fogueira da criatividade, seja ela humana ou artificial⁵³.

CONCLUSÃO

O ambiente digital trouxe à humanidade uma nova experiência, cercada, ao mesmo tempo, de esperança e de espanto. Nunca as trocas foram tão rápidas e fluidas; as paredes do mundo caíram. Muito do que se tinha como arraigado se modificou, pois as práticas são novas e outras. Não se pensava, décadas atrás, que Rembrandt pudesse reviver por meio de uma máquina com inteligência artificial. Todavia, salta a pergunta: esse Rembrandt que voltou é mesmo um Rembrandt? Pode a máquina fazer arte? E se a máquina é

⁵⁰ LANA, Pedro de Perdigão. **A questão da autoria em obras produzidas por inteligência artificial**. Disponível em: <<https://bit.ly/3bXV7UY>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵¹ DeepMind é uma empresa de pesquisa de inteligência artificial, comprada pela Google em 2014.

⁵² SHEAD, Sam. **Google DeepMind CEO thinks 'the world' should ultimately have control over AI**. Disponível em: <<https://bit.ly/35YM2r1>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵³ Em seu sentido etimológico, fomentar significa "alimentar o fogo". Oxford Languages. Etimologia da palavra fomentar. Disponível em: <<https://bit.ly/3938GQM>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

artista, sua obra merece proteção jurídica? A máquina pode ser considerada autora de obra intelectual?

A busca por respostas a tais perguntas tem como norte os conceitos de autor e obra intelectual, ao menos. Os conceitos são caros aos saberes científico e filosófico, para que se tenha o trato correto das questões. Entretanto, os conceitos não podem ser absolutos, imutáveis, devendo ser abertos à crítica, que permite a refutação e a retificação. Pensar diverso é imaginar um saber fechado em suas próprias verdades⁵⁴.

Por todos, tome-se o exemplo do conceito de família, que sofreu inúmeras alterações, em compasso com as modificações sociais. Não se tem mais uma família, nos moldes tradicionais. Tem-se, hoje, diversos arranjos familiares reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, os conceitos de autoria e obra intelectual merecem reflexão e, quiçá, revisão, da mesma forma como se deu com o conceito de família, até porque o avanço tecnológico é irrefreável e novas experiências dele advirão. É inegável que a tecnologia nos vem auxiliando, principalmente em tempos de isolamento social provocado pela COVID-19. Museus fecharam, mas a sociedade não foi privada de visitá-los, graças ao tour virtual. Os livros digitais permitem acesso rápido ao conhecimento, seja pela facilidade de aquisição, seja pela possibilidade de lê-los em grandes bibliotecas na web.

Como já dito, para a legislação autoral brasileira, autor é pessoa física e obra intelectual, por conseguinte, aquela fruto da inteligência humana (criação do espírito). Neste

⁵⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48-49.

passo, as perguntas acima formuladas recebem respostas negativas: a máquina não é considerada autora e sua obra não é intelectual, não merecendo proteção alguma. Mas se não pode negar os fatos: a máquina cria, faz arte, escreve, o que coloca em xeque as respostas negativas que se tem hoje.

A máquina autora, criadora de obras intelectuais, é uma realidade. Exemplos não faltam, como alguns trazidos neste breve ensaio. Basta saber como (ou se) o Direito vai tratá-la.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Dennis. **In Japan, novel by artificial intelligence and humans vies for literary prize**. Disponível em: <<https://bit.ly/3o2Behy>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. rev., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral – vol. 1: introdução. As pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

ASIMOV, Isaac. **O homem bicentenário**. Tradução de Milton Perrson. São Paulo: L&PM Pocket, 1997.

BARTHES, Roland. A morte do autor. In: **O rumor da língua**. Prefácio Leyla Perrone-Moisés; tradução Mário Laranjeira; revisão de tradução Andréa Stahel M. da Silva). 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTENCOURT, Rui Carlos Sloboda; GUANDALINI JUNIOR, Walter. A selfie do macaco – autoria e fotografia na

contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 04, p. 2233-2260, 2015.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Tradução de Aurélio Antônio Monteiro, Clemente Gentil Penna, Fabiana Geremias Monteiro e Patrícia Ramos Geremias. Rio de Janeiro, DarkSide Books, 2018.

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação – economia, sociedade e cultura; vol. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed. revista e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas: peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcilio Toscana; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 297.

CHRISTIAN, Brian. **O humano mais humano**: o que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 18-19.

CHRISTIAN, Brian; GRIFFITHS, Tom. **Algoritmos para viver**: a ciência exata das decisões humanas. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 13.

COPELAND, Michael. **What's the difference between artificial intelligence, machine learning and deep learning?** Disponível em: <<https://bit.ly/3qCkxvd>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

DAVIES, Colin R. An evolutionary step in intellectual property rights – artificial intelligence and intellectual property. **Computer Law & Security Review**, v. 27, 2011, p. 605.

ECO, Umberto. **A definição da arte**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2016.

ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução Mário Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 16.

FERRO, Vanessa. **As obras artísticas geradas pela inteligência artificial**: considerações e controvérsias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GERSHGORN, Dave. **GPT-3 is an amazing research tool but OpenAI isn't sharing the code**. Some A.I. experts warn against a lack of transparency in the buzzy new program. Disponível em: <<https://bit.ly/3sDb88J>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Google Duplex: Google AI calls hair salon to make appointments. 2018. (4min11s). Disponível em: <<https://bit.ly/2M9dfQy>>. Acesso em: 14 jan. 2021.

GPT-3. A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human? **The Guardian**. Disponível em: <<https://bit.ly/39Oz9ku>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

HAO, Karen. **What is machine learning?** We drew you another flowchart to work it out. Disponível em: <<https://bit.ly/39TA08x>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

LANA, Pedro de Perdigão. **A questão da autoria em obras produzidas por inteligência artificial**. Disponível em: <<https://bit.ly/3bXV7UY>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LUGER, George F. **Artificial intelligence: structures and strategies for complex problem solving**. Disponível em: <<https://bit.ly/3sGkYGP>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. **Iniciação à história da arte**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

KARUNAKARAN, Dhanoop. **Deep learning series 1: intro to deep learning**. Disponível em: <<https://bit.ly/2XZdz7q>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MACHADO, Angelo B. M. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Oxford Languages. **Etimologia da palavra artificial**. Disponível em: <<https://bit.ly/35W7SeG>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Oxford Languages. **Etimologia da palavra fomentar**. Disponível em: <<https://bit.ly/3938GQM>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Finesse. Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Nmtw5w>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

RAMOS, Carolina Tinoco. **Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Redação do Jornal El País. China protege con ‘copyright’ un artículo escrito por una inteligencia artificial. Disponível em: <<https://bit.ly/2LTbRSm>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Redação do Jornal O Tempo. Com frases marcantes, Millôr Fernandes marcou época. Disponível em: <<https://bit.ly/2LHpVP6>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; TAUKE, Caroline Someson. Inteligência artificial e direito da propriedade intelectual: fundamentos teóricos e legais de proteção. *In*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O direito civil na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 741.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A questão da autoria e da originalidade em direito de autor. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Série GVlaw: propriedade intelectual (Coord. Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131-132.

SHEAD, Sam. **Google DeepMind CEO thinks ‘the world’ should ultimately have control over AI**. Disponível em: <<https://bit.ly/35YM2r1>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

The Next Rembrandt. Disponível em: <<http://www.nextrembrandt.com>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

VIANNA, Hermano. Inteligência artificial já imita Guimarães Rosa e pode mudar nossa forma de pensar. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<https://bit.ly/3ixuYh2>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

YANISKY-RAVID, Shlomit; VELEZ-HERNANDEZ, Luis Antonio. Copyrightability of artworks produced by creative robots

and the concept of originality: the formality-objective model.
Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 19, n. 1,
2018, p. 10.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São
Paulo: Saraiva, 2015.

PARTIDOS POLÍTICOS E DEMOCRACIA: O PROBLEMA DA REPRESENTATIVIDADE NA ERA DIGITAL

Adriano Corrêa de Mello
Adriano Sant'Ana Pedra

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade atravessa uma revolução digital que vem acompanhada de profundas transformações nas estruturas de vivência democrática. Este estudo analisa o papel dos partidos políticos em uma democracia digital bem como investiga se a fórmula tradicional de organização, participação e representação dos partidos políticos encontra-se capaz de dialogar com uma nova comunidade digital de cidadãos on-line.

A partir de uma breve análise histórica da formação dos partidos políticos no Brasil, evidenciando seu caráter recente na história do país, pretende-se investigar a relevância da função de representação das organizações partidárias dentro da evolução desse processo democrático e o estado da arte dentro do que se convencionou chamar de democracia digital.

Supõe-se que a migração das relações pessoais para um ambiente eletrônico, a velocidade e o volume de informações que trafegam em meio digital tornam voláteis a formação de uma consciência política e frágil (para não dizer desimportante) o papel dos partidos políticos.

Cresce a percepção da irrelevância de múltiplos partidos, levando à cogitação de que até mesmo candidaturas avulsas poderiam representar melhor a vontade do eleitor, posto que centrada na comunicação direta com o eleito, sendo desnecessária qualquer tipo de intermediação partidária.

De outro lado, supõe-se que a percepção de desimportância dos partidos políticos cresce na mesma medida em que o eleitor se torna descrente das próprias organizações públicas, não sendo um fenômeno apenas decorrente da influência do meio digital.

Como observa Castells (2018. Kindle file, posição 12405),

O Estado-Nação, responsável por definir o domínio, os procedimentos e o objeto da cidadania, perdeu boa parte de sua soberania, abalada pela dinâmica dos fluxos globais e das redes de riqueza, informação e poder transorganizacionais.

O fato é que há uma crise de representação decorrente também do enfraquecimento dos partidos políticos e, em relação ao meio ambiente digital, há poucas certezas em relação à sua capacidade de conferir uma participação democrática autêntica.

Não se imagina que a internet representará o fim da democracia, tampouco a salvação da representação política, mas se torna urgente lançar luzes na mudança que ela já vem provocando em razão das profundas mudanças sociais, culturais e políticas.

1. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O fenômeno da organização política e representação no Brasil, assim como no mundo, por intermédio de partidos políticos, pode ser considerado um evento bastante recente em sua história.

O surgimento das primeiras organizações partidárias em nada se assemelhava à organização atual. A partir do início do século XIX, grupos eram formados não de acordo com afinidade de pensamentos sociais e políticos nacionais, mas de acordo com agrupamentos sociais locais e interesses muito limitados, tais como clubes, associações profissionais ou interesses econômicos bem definidos. A partir das primeiras eleições, para a candidatura bastava a condição de eleitor.

Desde a primeira Constituição formal brasileira, em 1824, o Poder Legislativo, sobretudo, já se organizava em duas casas, o Senado e a Câmara dos Deputados, mas sua composição seria por eleições indiretas, através de organizações paroquiais e eleição de representantes provinciais¹.

¹ Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias:

I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.

II. Os Estrangeiros naturalizados.

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes:

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

Nenhuma menção havia aos partidos políticos nas Constituições que se seguiram no séc. XIX e início do séc. XX.

As Constituições seguintes mantiveram o caráter censitário de representação por grupos de interesses pontuais ou de representação pela condição socioeconômica. Conforme cita Francisco (2010, p.81),

Embora no Império tenham existido facções pré-partidárias (como os “corcundas” ou Partido Português e o Partido da Independência ou Partido Brasileiro), o Período Regencial (com a abdicação de D. Pedro I) dá início à vida partidária brasileira com o Partido Liberal (exaltados, farroupilhas, jurujubas ou radicais), o Partido Conservador (moderados ou chimangos) e o Partido Caramuru (restauradores ou monarquistas). O movimento republicano gera o Partido Republicano (unindo, em 1870, liberais históricos, radicais e republicanos), com derivações no Partido Republicano Paulista, no Partido Republicano Carioca e no Partido Republicano Mineiro, uma vez que a República Velha ou Primeira República (1889-1930) refletia o forte movimento de fragmentação ou de federalização da época.

A Constituição Brasileira de 1946 foi a primeira a marcar em seu texto a existência e a função dos partidos políticos como órgãos nacionais de representação, ao dispor que o sufrágio seria universal e direto, assegurando-se a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, remetendo à legislação infraconstitucional para sua organização e funcionamento (Art. 134). Porém, mesmo em 1946, a filiação partidária não era condição obrigatória para a elegibilidade dos candidatos.

V. Os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Apenas em julho de 1965, com a edição da Lei nº 4.740, os partidos políticos passaram a ter uma lei orgânica para regramento de sua fundação, organização, funcionamento e extinção, surgindo o direito partidário como ramo próprio e desvinculado do direito eleitoral. Todavia, logo em seguida, em outubro do mesmo ano, o Ato Institucional nº 02, baixado pelo regime militar, decretou a extinção e fechamento dos partidos políticos no Brasil², trazendo um novo retrocesso à capacidade de organização e representação partidária.

A organização dos partidos políticos passa, assim, somente após a reabertura política, a desenvolver-se e firmar-se como entidade privada, culminando com a sua afirmação através da Lei nº 9.096/95, ao dispor em seu artigo 1º que, sendo “pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

Por coincidência histórica, o renascimento dos partidos políticos surge no mesmo contexto da popularização da internet. Partindo por vias diferentes vias, todavia, o caminho de ambos se torna cada vez mais imbricado.

² “Com a vitória de candidatos de oposição ao regime para os Governos de Minas Gerais e da Guanabara, Castello Branco edita o AI-2. Os civis passaram a ser julgados pela Justiça Militar por crimes contra a segurança nacional e as eleições presidenciais tornaram-se, também, indiretas. São impostas restrições às liberdades públicas e às garantias constitucionais e retornou-se o poder de cassação de mandatos e suspensão de direitos políticos. Os partidos são extintos. O Presidente da República passa a ter o poder de fechar o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, além de editar decretos-leis.” (AIETA, 2015).

2. PARTIDOS POLÍTICOS E DEMOCRACIA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

Como visto, a existência e a função de representação nacional dos partidos políticos podem ser consideradas um fenômeno recente na história.

José Afonso da Silva (1994, p. 344) define partido político como “uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”. Para Viana (2003, p. 12), “os partidos políticos são organizações burocráticas que visam à conquista do Estado e buscam legitimar esta luta pelo poder através da ideologia da representação e expressam os interesses de uma ou outra classe ou fração de classe existentes”.

Com efeito, podem ser identificadas, ao menos, três elementos claros para a caracterização de um partido, a saber: (a) reunião de um grupo significativo de pessoas que represente uma classe bem definida; (b) a finalidade de organizar e instrumentalizar um ideário de parcela expressiva da população, (c) o objetivo final de assumir o poder para implementação de seu programa (ideário)³.

A organização do partido deverá ocorrer por meio de um programa sistematizado de princípios e valores. Como anota José Afonso da Silva (1994, p. 350), “todo partido político deveria estruturar-se à vista de uma ideologia definida e com

³ Não se deve confundir ideário com ideologia. Como informa Marilena Chaui (2017), “ideologia é um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”.

um programa de ação destinado à satisfação dos interesses do povo”.

De outro lado, democracia deriva das expressões gregas “demos” e “kratos” para significar, etimologicamente, o governo do povo. Para Sartori (1994, p.50), no entanto, a ligação entre povo e poder não ocorre sem grandes conflitos. Afinal, questiona, como pode o povo, efetivamente, exercer o poder? Sartori conclui que precisamos de eleições, mas a eleição, por si só, não confere representatividade. Afirma que a eleição deve ser livre e é indispensável à “expectativa normativa de receptividade e responsabilidade da pessoa eleita para com o eleitorado”. Conclui o autor, “assim como a representação sem eleitores tem pouco significado, o voto sem a livre escolha não pode resultar num governo representativo e torna-se apenas a renúncia periódica do povo a sua soberania” (1994, p. 51).

Sartori observa, ainda, que o ideal de um poder do povo pelo povo revela-se mais como um “consenso” de representação do que uma verdade real. Esclarece que parte desse povo, apta a votar e ser votada, terá mais valor do que a parcela remanescente que deverá aceitar a regra do jogo (1994, p. 51).

Aceita a premissa de que o processo de eleição e escolha representa apenas uma forma viável de alternância do poder, afirma Sartori (1994, p. 52) que a expressão poder do povo “é apenas uma expressão elíptica. A frase descreve o começo de um processo”.

Castells (2003, p. 04) apresenta uma visão mais pessimista em relação aos partidos políticos e sua função de

representação ao afirmar que “os partidos políticos de massa, quando e onde ainda existem, são conchas vazias, mal ativadas com máquinas eleitorais a intervalos regulares”.

Classicamente, a evolução das formas de organização da representação democrática encontra três fases distintas, a saber: a democracia direta; a democracia indireta; por fim, a democracia participativa.

Assim, diante da absoluta impossibilidade de realização da democracia direta como na Grécia Antiga⁴, a representação política mostrou-se o modo mais adequado de expressão da vontade popular. Os partidos políticos surgiram, então, como indispensáveis para a organização do processo eleitoral e, por consequência, autenticidade da representação popular e sustentação da própria estrutura da democracia.

No entanto, segundo Castells (2018, posição 12420, Kindle file), a falta de credibilidade do sistema político-partidário, envolto em uma disputa midiática e por recursos públicos, “vem perdendo seu apelo e confiabilidade e, para todos os efeitos, é considerado um resquício burocrático destituído de fé pública”. Afirma, ainda, que

a democracia política, nos moldes das revoluções liberais do século XVIII e do modo como foi difundida em todo o mundo no século XX, transformou-se num vazio. Não que tenha sido apenas uma “democracia formal”: a democracia vive justamente com base nessas “formas”, tais como o sufrágio universal e secreto e o respeito às liberdades civis. Porém, as novas condições institucionais, culturais e tecnológicas do exercício democrático tornaram obsoletos o sistema

⁴ Devem ser ressaltadas as hipóteses de participação direta, tais como plebiscito ou referendo. Porém, para os fins deste artigo, reconhece-se como excepcional essa participação.

partidário existente e o atual regime de concorrência política como mecanismos adequados de representatividade política na sociedade em rede. (2018, Posição 12596, Kindle file)

3. A FRAGMENTAÇÃO SOCIAL E A CRISE DE REPRESENTAÇÃO

Se no início de suas formações os partidos políticos não passavam de facções e agremiações de interesses limitados e restritos aos aspectos econômicos, a transição do século XIX para século XX atribuiria aos partidos políticos papel de destaque e de órgão indispensável para a representação de um pensamento social e político, alavancado, ainda, pela crescente predominância de um modelo liberal de estado.

No entanto, a rápida evolução tecnológica vivenciada a partir dos anos 90 demonstra que a organização partidária não acompanhou na mesma velocidade o processo de transformação cultural e social. Neste sentido, Castells (2014, p. 138) ressalta as transformações sociais e políticas decorrentes do desenvolvimento de uma sociedade conectada em rede de computadores. “A partir dessa cultura de autonomia na Internet, surgiu um novo tipo de sociabilidade, sociabilidade em rede, e um novo tipo de prática sócio-política, movimentos sociais em rede e democracia em rede”⁵ (tradução nossa).

Aieta (2017), em importante reflexão, aponta que “vivemos uma crise democrática, com sérias dificuldades na

⁵ Tradução livre do original: “from this internet-based culture of autonomy have emerged a new kind of sociability, networked sociability, and a new kind of socio-political practice, networked social movements and networked democracy”.

concatenação entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar”. Complementa:

Assim, observa-se uma nova forma de dominação e exploração, caracterizando-se pela crise do contrato social, ou seja, pela ideia de que as noções de igualdade, justiça, solidariedade e universalidade deixam de ter valor, de modo que a sociedade de outrora se transmuta para o atendimento aos interesses individuais e de grupos sociais que operam para a concretização de seus interesses e demandas de classe social, gerando uma democracia de baixíssima intensidade.

A autora (AIETA, 2017) destaca no cenário brasileiro, além do desafio de adequação ao fenômeno da transformação digital, cinco fatores que já levavam à crise da democracia representativa, a saber: (a) a diminuta representação de alguns estados, na proporcionalidade de sua representação, levando a um desequilíbrio regional; (b) o fenômeno das “catch-all-parties”, que é a formação de partidos com o abandono de uma estrutura ideológica, voltado apenas para a vitória nas eleições; (c) o “poder da caneta”, representando um ranço histórico para a valorização de oligopólios de lideranças partidárias, a partir de mero carisma pessoal; (d) a influência do poder econômico e a “vilanização do financiamento privado”, gerando alto custo a ser suportado por recursos públicos; (e) e, por fim, o excesso de partidos, sendo ineficiente a cláusula de barreira.

Os fatos apontados por Aieta evidenciam um processo em curso de baixa relevância dos partidos políticos, na medida em que o eleitor se torna descrente das organizações públicas e de seus representantes. O desvirtuamento das organizações partidárias para a preservação do poder, limitado ao

interesse de um pequeno grupo, enfraquece a capacidade de representação e, por consequência, a própria democracia.

Barroso (2002, p. 129) cita a obstrução dos canais de participação política (partidos políticos) e destaca o crescimento das mais variadas organizações da sociedade civil, tais como ONGs, associações de moradores, de negros, mulheres, entre muitas outras, ao lado de outras organizações já tradicionais como OAB, CNBB, SBPC, como verdadeiros órgãos substitutivos de representação.

Para Barroso (2002, 132), a falta de amadurecimento das estruturas partidárias reduz sua capacidade de representação, dando espaço para a intervenção política a partir de interesses pontuais de determinados grupos, criando uma participação não institucional.

Vale lembrar a ideia de representação, que, para Viana (2003, p. 20) “significa [o ato de] tornar novamente presente. O representante deve, em seus atos, tornar novamente presente o representado”, mas complementa, “isto, na democracia representativa, é mera ficção”.

A rapidez da comunicação, a velocidade da reação do cidadão, a polarização ideológica fomentada pelo discurso no ambiente virtual e a falta de um compromisso ético-partidário levaram os partidos políticos a um verdadeiro anacronismo, visto que incapazes de exercer a representatividade para o qual seria destinado, sendo hoje relegado a uma esfera meramente burocrática.

A redução no aprofundamento da informação e das relações pessoais, aliado a um vigoroso marketing digital tendem à formação de lideranças messiânicas que se posicionam

acima das organizações partidárias, levando à falsa percepção de que, ungidos pelo voto, ser-lhe-iam conferidos poderes absolutos, em verdadeiro risco à democracia. Castells (2018, posição 12584, Kindle file) aponta para o risco, “com os partidos políticos desaparecendo, os salvadores entram em cena. Isso introduz imprevisibilidade sistêmica”.

Se a opção por um pensamento ideológico representava uma direção a ser seguida no momento da eleição, no exercício do mandato há um evidente descolamento do compromisso político-partidário para adequação à reação aferida por meios digitais em tempo real, fomentando o populismo.

No entanto, há que se perguntar se a volatilidade das reações e o perfil majoritário daqueles que se manifestam por redes sociais não criariam um terreno confuso e repleto de incertezas. O perfil de usuários que se manifestam publicamente na internet, ainda que expressivo em números absolutos, corresponderia ao perfil dos eleitores habilitados ao exercício do voto?

Neste sentido, a velocidade da comunicação e da reação dos internautas⁶ faz com que a decisão do eleito seja moldada e modificada em tempo real, segundo a reação aferida por dados eletrônicos captados de múltiplas fontes.

O cenário decorrente da pandemia provocada pela “Covid-19” bem demonstrou a dificuldade da adoção de políticas públicas, segundo um compromisso ético e coerente. Quando todos os atos são aferidos pela reação pública em tempo

⁶ Adotou-se aqui a expressão “internautas” para definir o usuário ativo da rede mundial de computadores, especialmente aqueles que detêm o hábito de manifestarem-se publicamente por aquele meio.

real, medidas restritivas necessárias encontram obstáculo diante da resistência de parte da população.

Para Barroso (2002, p. 135), “devido aos meios de comunicação, que propiciam, de modo célere, o conhecimento dos fatos e a formação de opinião pública, novas técnicas de participação vêm sendo introduzidas ou revivificadas no catálogo de previsões do Direito Constitucional”. No mesmo sentido, Oliveira (2013, p. 145) observa:

A modificação dos parâmetros que informavam os mecanismos tradicionais de representação revela, também, que a ampliação da participação de novos atores próximos aos centros de decisão, especialmente no Poder Executivo, evidencia o interesse de segmentos da população em influenciar o processo de deliberação, o que, por via transversa, denuncia a possibilidade de constituir-se uma sociedade progressivamente fragmentada, cuja identificação das ações que promovam o bem comum seja cada vez mais difícil.

Esse parece ser um grande dilema da sociedade moderna: se os partidos políticos não foram competentes para a preservação da função de representação, a internet permitiria o exercício de mecanismos de democracia direta?

Castells (2003, p. 133), pontua que “os cidadãos não veem muito sentido em gastar energia em indagações políticas, exceto quando atingidos por um evento que desperta sua indignação ou afeta seus interesses pessoais. A Internet não pode fornecer um conserto tecnológico para a crise da democracia”.

Aieta (2015, p. 40) aponta com acuidade o risco do distanciamento entre a vontade dos representantes e a atuação dos representados. Se, por um lado, é uma utopia imaginar-se

na perfeita simetria entre a atuação do eleito e a vontade de seus eleitores, deve-se buscar uma maior aproximação entre esses objetivos. Afirma ela:

A análise da problemática da representatividade faz aflorar, também, a premissa da concatenação imprescindível das relações entre representantes e representados com o princípio da identidade pois não obstante a ficção de que a vontade do representante deva ser idêntica à do representado, tal proposição se perfaz como uma verdadeira falácia. Há de se considerar que ainda que não se consiga o exaurimento do divórcio das vontades representadas com as vontades representantes (pois a identidade absoluta das mesmas seria uma utopia); a busca pela atenuação do distanciamento do representante eleito com a sua base política significaria, indubitavelmente, um avanço marcante no iter em prol da qualificação da representação política.

Nesse contexto, a chamada “revolução digital” representa um inequívoco impacto e traz um elevado grau de complexidade na interação entre eleitores, eleitos e partidos políticos que, agora, carecem de uma identificação e mecanismos de diálogo.

4. DEMOCRACIA DIGITAL

O impacto das novas tecnologias digitais traz, talvez, o maior de todos os desafios para a representação política e, por consequência, para a democracia.

Na Grécia antiga, decisões eram tomadas na *Ágora*, praça pública destinada ao debate e deliberações diretas das questões políticas. Para alguns, a facilidade de acesso à internet e o desenvolvimento de programas de comunicação permi-

tiriam uma aproximação do ideário de uma comunicação direta entre o eleitor e o eleito, trazendo um novo espaço público, o que poderia funcionar como um catalizador de ideias e opiniões.

Novas ferramentas de comunicação, a partir da tecnologia da informação (TIC), criaram um ambiente propício à manifestação de opiniões, assim como permitiram ao poder público o desenvolvimento de meios de comunicação e aferição do voto a partir dos meios eletrônicos de modo eficiente e seguro.

A esse novo ambiente, tem-se dado o nome de democracia digital. Mezzaroba e Ferreira (2013, p. 68) apresentam o seguinte conceito:

A expressão “democracia eletrônica” pode ser definida então como toda relação política que se estabelece entre indivíduos a partir de redes virtuais. As redes nesse processo aparecem apenas como instrumentos ou vínculos que possibilitam a interatividade entre sujeitos livres e autônomos. Esse espaço virtual denomina-se de ciberespaço.

Castells (2018, posição 11532, Kindle file) apresenta ainda o fenômeno que denomina de política informacional, ao abordar que

acrescentaria ainda, como um dos principais fatores responsáveis por essa transformação, as consequências diretas das novas tecnologias da informação no debate político e nas estratégias de busca de poder. Essa dimensão tecnológica interage com as tendências mais abrangentes, características da sociedade em rede, como também com as reações comunais aos processos dominantes criados a partir

dessa estrutura social. Exerce ainda poderosa influência sobre essa transformação, levando ao que chamo de política informacional.

Nesse sentido, podem ser citados diversos exemplos do uso da tecnologia digital para tentativa de aproximação do cidadão dos extratos mais elevados do poder. O voto eletrônico já se mostra uma realidade consolidada, trazendo o resultado das eleições em poucas horas. O Congresso Nacional disponibilizou o canal “<https://edemocracia.camara.leg.br/>” com o propósito de ampliar a participação social no processo legislativo e aproximar cidadãos de seus representantes por meio de interação digital. Nesse portal, poderá o cidadão, por exemplo, participar da escolha e formação da pauta de votações. O Poder Executivo federal, por sua vez, criou o portal da participação social “<http://governoaberto.cgu.gov.br/>” com o propósito de ampliar a participação social no debate das questões públicas, proposição de sugestões, transparência e fomentar o acesso a novas tecnologias.

Para Araújo, Penteado e Santos (2015, p. 1598), no plano teórico, a internet poderia ampliar a participação política, permitindo a todos os cidadãos canais de acesso e comunicação aos eleitos, manifestando-se diretamente sobre assuntos de seu interesse e que viessem a afetar sua vida ou a condução de seu país.

No mesmo sentido, Castells (2018, p. 12613, Kindle file) apresenta um modelo de democracia informacional que considera ideal, a partir de três fatores: a recriação do “Estado local” como meio de aproximar os candidatos de uma base real e próxima do eleitor; o desenvolvimento de uma “política simbólica” a partir da mobilização de causas não apenas

políticas; e o aprimoramento nas formas de participação política e comunicação horizontal entre os cidadãos por meio da comunicação eletrônica. Para o professor espanhol,

se a representação política e os responsáveis pela tomada de decisão tiverem condições de estabelecer uma relação com essas novas fontes de contribuição de cidadãos interessados na política, sem que o processo fique restrito a uma elite tecnologicamente capacitada, um novo modelo de sociedade civil pode ser reconstruído, possibilitando a popularização da democracia, via eletrônica. (CASTELLS, 2018, Posição 12665 Kindle file)

Assim, Castells reconhece que, não obstante as enormes possibilidades de ampliação de participação democrática do cidadão por meio de ferramentas digitais, a falta de inclusão de parte da população e a manipulação das mídias poderá levar a um agravamento da democracia

caso essa variante de política democrática se instaure como importante instrumento de debate, representação e decisão, certamente institucionalizaria uma forma de “democracia ateniense”, tanto em nível nacional como internacional. Quer dizer, enquanto uma elite relativamente pequena, afluente e de bom nível educacional de alguns países e cidades teria acesso a uma extraordinária ferramenta de informação e participação política, realmente capaz de reforçar o exercício da cidadania, as massas excluídas e desprovidas de educação em todo o mundo e nos diferentes países permaneceriam à margem da nova ordem democrática, a exemplo dos escravos e bárbaros nos primórdios da democracia na Grécia Antiga. Em contrapartida, a volatilidade desse meio de comunicação poderia incorrer na intensificação da “política de showbiz”. (CASTELLS, 2018, posição 12637, Kindle file).

Vale lembrar, porém, que toda ferramenta será sempre neutra, mas o uso que se dará poderá influenciar, positiva ou negativamente, a representação. A utilização dos recursos digitais poderá, por exemplo, reforçar um discurso ideológico de manipulação. Como observa Eisenberg (2003,496), “do ponto de vista ontológico, a Internet não cria nada de novo que não existisse antes a não ser ela mesma, uma rede mundial de computadores conectados eletronicamente, com diversos instrumentos de comunicação humana”.

De outro lado, não apenas o cidadão demonstrará aptidão para explorar todo o seu potencial, mas o Estado, por certo, utilizará as ferramentas para fazer valer seu ponto de vista e defesa de sua ideologia.

Como aponta Aieta (2017), “o rompimento dos axiomas pela manipulação das emoções humanas, fomentadas pelo neuromarketing e pela psicométrica eleitoral farão os paradigmas institucionais ultrapassados”.

Oliveira (2013, p. 150) apresenta a importante questão: “a internet e meios digitais seriam um ambiente aberto para debate justo e equilibrado de ideais, respeitando a participação das minorias? Seria a internet uma nova *Ágora* grega?” O próprio autor (p. 159) responde negativamente às proposições e pondera:

Com isso, pretendo afirmar que a maior propensão de os usuários se valerem da internet para a busca de posições, que confirmem suas pré-convicções, frustra a possibilidade de a rede mundial de computadores ser uma ferramenta posta para a obtenção do consenso no debate político. As discussões nos meios eletrônicos raramente refletem a conjugação entre ideias divergentes, motivo por que os possíveis acordos alcançados na internet tendem a reiterar a con-

vicção de um único segmento do conjunto de eleitores. A crença na internet como base para a promoção da democracia direta mostra-se frágil no contexto atual, pois é baixa a probabilidade de ela se tornar o cenário de um processo de deliberação amplo, aberto ao diálogo e suscetível ao acordo.

No mesmo sentido, Castells (2003, p. 132) apresenta uma visão pouco otimista em relação ao uso dos meios digitais na política, ao afirmar que “esperava-se que a Internet fosse um instrumento ideal para promover a democracia – e ainda se espera. [...]. Entretanto, a maiorias dos estudos e relatórios descreve um quadro melancólico – com a possível exceção das democracias escandinavas”. Afirma ainda:

Assim, por enquanto, em vez de fortalecer a democracia promovendo o conhecimento e a participação dos cidadãos, o uso da Internet tende a aprofundar a crise da legitimidade política ao fornecer uma plataforma de lançamento mais ampla para a política do escândalo. O problema, naturalmente, não está na Internet, mas no tipo de política que nossas sociedades estão gerando. Uma política que em última instancia molda o poder dos Estados numa época em que eles se defrontam com uma transformação de seu ambiente de segurança.

Com efeito, a participação popular em redes sociais e meios de comunicação on-line não substitui a função de organização, amadurecimento e representação do diálogo político. Pelo contrário, o chamado “webativismo” busca pautar sob pressão e o constrangimento interesses específicos e interferir nos atos decisórios. Conforme observa Oliveira (2013, p. 147):

O acesso mais rápido às opiniões e vontades do eleitor, graças ao desenvolvimento da internet e dos meios de comunicação de massa, não supera a constatação de que a igualdade política não conduz a uma inequívoca igualdade de influência (YOUNG, 2006, p. 145). Dada a diferença entre a capacidade retórica dos cidadãos, a representação formal melhor promoveria a igualdade política dos cidadãos, pois, nessa hipótese, são estabelecidas regras públicas sobre como a representação se opera e como os representantes podem ser responsabilizados.

Visto inicialmente como uma panaceia para os males da democracia, os recursos tecnológicos trouxeram, de fato, avanços significativos nos modos de comunicação entre o cidadão e o candidato eleito, mas não foram capazes de diminuir o enorme fosso entre a vontade do eleitor e a atuação política dos eleitos.

A Internet, como todas as tecnologias, não produz efeitos por si só. No entanto, tem efeitos específicos na alteração da capacidade do sistema de comunicação de se organizar em torno de fluxos interativos, multimodais, assíncronos ou síncronos, globais ou locais, e de muitos para muitos, de pessoas para pessoas, de pessoas para objetos e de objetos para objetos, contando cada vez mais com a web semântica. O que está claro é que, sem a Internet, não teríamos visto o desenvolvimento em larga escala das redes como o mecanismo fundamental de estruturação social e mudança social em todos os domínios da vida social. Esse sistema tecnológico é aberto, pois a sociedade em rede é uma forma aberta de organização social que transmite o melhor e o pior da humanidade. (CASTELLS, 2014, p. 145)⁷

⁷ Tradução livre do original: “The Internet, as all technologies, does not produce effects by itself. Yet, it has specific effects in altering the capacity of the communication system to be organized around flows that are interactive, multimodal, asynchronous or synchronous, global or local, and from many to many, from people to people, from people to objects, and from objects to objects, increasingly relying on the semantic web. What is clear is that without the Internet we would not have seen the large-sca-

Com efeito, a democracia não dispensa um zelo permanente para que seja alcançada, aprimorada e conservada, porém, carece de mecanismos eficazes que permitam a efetiva representação ou participação do cidadão. Os partidos políticos mostram-se distantes do ideal de representação, necessitando de sua reinvenção em um tempo que produz mudanças em uma velocidade muito grande, onde a burocracia e interesses pessoais são incapazes de apresentar resposta. Por outro lado, a democracia digital ainda não foi capaz de produzir uma manifestação ordenada e coerente, mais se aproximando de uma Torre de Babel, ainda que seja capaz de influenciar a “organização política, processos decisórios e métodos de governo, em última análise alterando a natureza da relação entre Estado e sociedade (CASTELLS, 2018, Kindle file Posição 11567).

Teixeira (2014, p. 112) reconhece o potencial para o aprimoramento democrático a partir do desenvolvimento de novas tecnologias, especialmente pela arquitetura das redes de internet e, sobretudo, da maior facilidade de acesso, sendo possível identificar uma “inteligência coletiva [...] recriadora dos modos de exercício dos direitos fundamentais e da própria democracia participativa”. No entanto, reconhece também a necessidade de superação de alguns entraves. Conforme afirma,

le development of networking as the fundamental mechanism of social structuring and social change in every domain of social life. This technological system is open ended, as the network society is an open-ended form of social organization that conveys the best and the worse in humankind.”

não se trata de criar um novo modelo democrático, mas de pensar a inteligência coletiva enquanto potência recriadora das formas tradicionais de participação popular no poder público. Não se deve olvidar, porém, os entraves que ainda existem: o abismo digital e a apatia política. Pensar em como enfrentá-los e passar a agir são questões prioritárias.

Dentre os entraves a serem superados, como afirma Teixeira, além da apatia política, não se pode ainda ignorar a desigualdade na política de inclusão digital para parte significativa da população. Como bem observam Andrade e Acioli (2013, p. 256),

boa parte de tais políticas públicas não adquiriu o formato de deveres de agir estatais, em razão de existirem omissões de âmbito legislativo e executivo do Poder Público brasileiro, dada a existência de fatores adversos, como: descompromisso com efetividade de direitos fundamentais, questões de opção política e econômica.

Com efeito, ainda não se mostra possível reconhecer a consolidação de uma democracia digital, senão sinais de pressão de um novo formato de intercomunicação, mas ainda distante da arcaica organização político-partidária vigente.

CONCLUSÃO

Como já registrado por Pedra (2018, p. 217), “a democracia é uma obra inacabada. Nesse sentido, ela nunca se realiza inteiramente, pois, a cada conquista realizada, avistam-se novos horizontes a serem atingidos em busca do aperfeiçoamento humano”.

Com efeito, o desafio para o aprimoramento de mecanismos de participação democrática traz enorme e contínuo desafio, especialmente no Brasil, onde a democracia e a representação político partidária podem ser consideradas extremamente jovens.

Assim, a partir dos anos 90, logo após anos de um regime de exceção para o desenvolvimento democrático, a Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) deixou claro em seu artigo primeiro que o partido político se destina a “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

Para além do aspecto formal, a Lei dos Partidos Políticos encontrou, no alvorecer da internet e das comunicações em rede, um novo e grande desafio para o papel dos partidos políticos na democracia atual e para a “autenticidade do sistema representativo”.

Como assente na obra de Manuel Castells, viu-se no novo ecossistema digital a possibilidade de aumento da participação direta do cidadão nas escolhas políticas, fomentando e elevando o alcance de uma real democracia.

No entanto, primeiro pela força da mídia eletrônica e depois pelas redes sociais, o propósito de participação dos cidadãos em prol de uma democracia ordenada viu-se deturpado para realçar figuras midiáticas e fomentar uma polarização política. Para além da retórica de um discurso na nova ágora digital, a chamada “democracia digital” ainda não se mostrou capaz de extrair a melhor participação popular, a partir do respeito às diferenças e às minorias,

ensejando igual direito de participação. O ideal de princípios democráticos encontrou um duelo de forças que o abalaram, ora amparado na expertise de líderes messiânicos, ora no esgotamento dos partidos tradicionais, ora amparado em robôs para a disseminação de *fake news*. Com efeito, pode-se concluir que o ideal de uma democracia se encontra em crise.

A fórmula tradicional de organização, participação e representação dos partidos políticos encontra-se esgotada e incapaz de dialogar com uma nova aldeia digital de cidadãos on-line. O eleitor, por sua vez, busca referências, mas não as encontra. Os canais de comunicação estão, de fato, obstruídos. Como observou Castells (2011 p. 103), a “democracia na era da internet não é a democracia dos partidos. É a democracia dos cidadãos, pelos cidadãos e para os cidadãos. Com ou sem os partidos, ela trará como subproduto a recriação dos próprios partidos políticos”⁸. Ou, em outras palavras, “os cidadãos continuam sendo cidadãos, mas não sabem ao certo a qual cidade pertencem, nem a quem pertence essa cidade” (CASTELLS, 2018, posição 12603, Kindle File).

⁸ Tradução livre do original: “democracy in the age of the Internet is not the democracy of parties. It is the democracy of citizens, by citizens and for citizens. With or against the parties, it is a by-product of the ability of parties to regenerate themselves”.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. **Os Desafios da Democracia contemporânea e a democracia educada**. Atual. 2017. Disponível em <https://www.oabrj.org.br/colunistas/vania-aieta/os-desafios-democracia-contemporanea-democracia-educada> (Acessado em 21/05/2020).
- AIETA, Vânia Siciliano. Considerações históricas acerca da problemática da representatividade e a necessária reconciliação dos governados com o poder. **Revista Justiça Eleitoral em Debate** – TRE/RJ - v. 5. n. 2. abril a junho de 2015, p. 25-42.
- ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luis Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. **Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas**. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 22, p. 1597-1619, 2015.)
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Partidos Políticos Registrados no TSE. Disponível em <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse> (acesso em 11/05/2020).
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade** (Portuguese Edition). Paz e Terra, 2018. Kindle file.
- CASTELLS, Manuel. Democracy in the age of the Internet. **Journal of Contemporary Culture**, v. 6, p. 96-103, 2011.

CASTELLS, Manuel. **The impact of the internet on society: a global perspective.** *Change*, v. 19, p. 127-148, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A política da internet I: redes de computadores, sociedade civil e o Estado. A galáxia da internet.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia.** São Paulo: Brasiliense, 2017 (e-book).

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. The digital environment, its architecture, and the right of reply: the duties of internet service providers under the Brazilian Constitution. In: ŠTURMA, Pavel; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). **International and internal mechanisms of fundamental rights effectiveness.** Praga: RW&W Science & New Media, 2015, v.1, p. 237-250.

EISENBERG, José. Internet, democracia e república. **Dados**, v. 46, n. 3, p. 491-511, 2003.

FRANCISCO, José Carlos. Traços históricos dos partidos políticos: do surgimento até a segunda era da modernidade. **Estudos Eleitorais**, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 79-86, jan./abr. 2010.

MEZZAROBA, Orides. FERREIRA, Marcelo Peregrino. **E-Democracia no processo político brasileiro: da tradição do papel para o desafio da virtualidade.** In: *El derecho de la sociedad en red.* Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013. p. 63-84.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Democracia e internet. A revolução digital e os desafios à representação política. **Revista**

de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p 144-159.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Direitos políticos das pessoas jurídicas? *In:* FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). **Tratado de direito eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, t. I.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada.** São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEIXEIRA, Bruno Costa. **Cidadania em rede: a inteligência coletiva enquanto potência recriadora da democracia participativa.** 2014. Dissertação de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais. Faculdade de Direito de Vitória, FDV, Brasil.

VIANA, Nildo. **O que são partidos políticos?** Goiânia: Germinal, 2003.

E SE FÔSSEMOS GOVERNADOS APENAS PELOS MELHORES? A CRÍTICA PLATÔNICA DA DEMOCRACIA

Alexandre de Castro Coura

Aloyr Dias Lacerda

INTRODUÇÃO

Os Estados Democráticos estão em crise, em todo o mundo¹. Observa-se uma forte tendência de recrudescimento de doutrinas autoritárias e antiliberais, e surgem por toda parte candidatos populistas, normalmente de extrema direita, com discursos de lei e ordem, como panegíricos para resolução das graves questões sociais e econômicas de nosso tempo.

Nesse contexto, a desilusão dos cidadãos e a apatia diante do processo político têm beneficiado a utilização sub-reptícia dos mecanismos estabelecidos pela própria democracia

¹ Manuel Castells (2018, p. 7-8) nos traz sua percepção acerca do estado de crise nas democracias liberais, traduzido pela ruptura da relação de confiança e legitimidade representativa entre governantes e governados: “Existe, porém, uma crise ainda mais profunda, que tem consequências devastadoras sobre a (in)capacidade de lidar com as múltiplas crises que envenenam nossas vidas: a ruptura da relação entre governantes e governados. A desconfiança nas instituições, em quase todo o mundo, deslegitima a representação política e, portanto, nos deixa órfãos de um abrigo que nos proteja em nome do interesse comum. Não é uma questão de opções políticas, de direita ou esquerda. A ruptura é mais profunda, tanto em nível emocional quanto cognitivo. Trata-se do colapso gradual de um modelo político de representação e governança: a democracia liberal que se havia consolidado nos dois últimos séculos, à custa de lágrimas, suor e sangue, contra os Estados autoritários e o arbítrio institucional. Já faz algum tempo, seja na Espanha, nos Estados Unidos, na Europa, no Brasil, na Coreia do Sul e em múltiplos países, assistimos a amplas mobilizações populares contra o atual sistema de partidos políticos e democracia parlamentar sob o lema ‘Não nos representam!’”.

para que seus fundamentos sejam solapados. Aos poucos, a tirania de uma maioria descrente e desesperada coloca em risco direitos fundamentais duramente conquistados ao longo dos séculos. Coloca em risco a própria democracia.

Mas, tudo isso não seria o resultado de deficiências do próprio sistema democrático, que permite a ascensão de populistas autoritários ao poder, pelas mãos de maiorias eventuais e demagogicamente controladas? Não se trata de questionamento recente. Platão foi um dos primeiros a formulá-lo.

Para o fundador da Academia, a democracia é o caminho mais curto que leva à tirania. Ele argumenta que não faz nenhum sentido entregar o ofício régio nas mãos de maiorias despreparadas para governar, ou a seus despreparados representantes. Apenas os melhores, selecionados após um longo processo de formação educacional, estariam aptos a tomar as melhores decisões políticas e dirigir os destinos de seus semelhantes.

Diante de tantas desilusões com os governantes democraticamente eleitos, será que não seria melhor entregar a função de governar a quem recebeu o verdadeiro preparo para isso? Importa destacar, desde logo, que na proposta platônica todos os cidadãos teriam a mesma oportunidade para atingir o posto de governantes guardiões, a depender de seus próprios esforços e talentos, como se verá adiante. Portanto, há que se indagar, com Durant (1991, p. 46): Isso é aristocracia? Não devemos ter medo da palavra, se a realidade que ela exprime for boa. Em vez de eleger cegamente uma lista de candidatos apresentados por partidos políticos,

que ele não ajudou a formular, o próprio cidadão teria uma oportunidade igual de uma “eleição educacional” para o cargo público. A “democracia das escolas” não seria muito mais honesta do que a “democracia das eleições”? Como se nota, a defesa da democracia não é algo trivial, quando se é defrontado com esse tipo de questão.

Propõe-se a analisar essa sedutora (e elitista) proposta platônica a partir de críticas mais modernas a ela dirigidas, especialmente por Karl Popper. A primeira parte do artigo trata do modelo platônico de Estado ideal, representado pela Aristocracia dos Guardiões. Em seguida, será avaliado como essa proposta está baseada em sua Teoria das Idéias, verdadeira coluna mestra de toda sua filosofia, e não seria diferente no que toca à filosofia política. Finalmente, serão apresentados os argumentos de Popper em defesa do regime democrático, para então debater quais são as características fundamentais do Estado Democrático de Direito e a importância do respeito à autonomia (pública e privada), para sua concretização.

2. EM BUSCA DO ESTADO IDEAL: A ARISTOCRACIA DOS GUARDIÕES

O pensamento de Platão é voltado em grande parte de suas obras ao problema do Estado. A mais arquitetada delas, que tem por título *A República*, utiliza a imagem plástica do Estado para a análise dos problemas éticos e sociais que o preocupavam. Todavia, conforme observa Werner Jaeger (2010, p. 749-751), o seu principal objetivo não era a análise do Estado como organismo ou estrutura, mas a sua utiliza-

ção como um pano de fundo para a investigação da alma do homem, suas virtudes e seus vícios.

A busca pelo Estado perfeito se inicia com o problema da justiça, considerada como a virtude política por excelência, e que resumiria todas as outras. A partir do exame dessa virtude concreta, Platão, pelo discurso de seu personagem Sócrates², passa a analisar os modelos de Estado e a formação necessária à alma humana para que o seu modelo ideal fosse atingido.

Sócrates inicia o debate com o elogio da justiça, mas é logo interrompido pelo sofista Trasímaco, que repele seus argumentos de modo violento e rude, ao enunciar que “a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte” (PLATÃO, 2004, p. 25). Sócrates responde que, se assim for, “então toda a luta dos homens por um ideal superior de direito se converterá numa ilusão, e a ordem do Estado que o pretenda realizar, num mero biombo, por trás do qual se continuará a desenrolar a implacável guerra de interesses” (JAEGER, 2010, p. 757).

Após esse choque de argumentos inicial, que estava apenas a demonstrar a profundidade do debate que se avizinhava, dois irmãos de Platão, Glauco e Adimanto, exigem que Sócrates esclareça de modo mais explícito o que ele entende por justiça, e lançam o seguinte questionamento: seria a justiça um bem em si mesmo ou apenas um meio para

² “A opinião de que nos diálogos de Platão sejam encontradas as verdadeiras palavras de Sócrates, do Sócrates histórico, não é uma opinião incontestada entre os estudiosos. De acordo com alguns deles, a pessoa de Sócrates e sua atuação são quase impossíveis de ser apreendidas, e o que Platão coloca nos lábios de Sócrates são os seus próprios pensamentos” (STÖRIG, 2008, p. 125).

se alcançar uma utilidade? Ou, em outros termos, devemos amar a justiça por ela mesma ou pelos resultados benéficos que dela podemos usufruir?

Os irmãos destacam que as pessoas possivelmente escolheriam os benefícios da injustiça ao dever da justiça, se pudessem se resguardar das consequências desagradáveis de seus atos injustos.

Somente por não ser isso possível é que se conclui ser mais vantajoso a todos o estabelecimento de um acordo de autocontenção: não praticar a injustiça em troca de não ser vítima dela. E foi daí que teria se originado o estabelecimento de leis que permitem a convivência comum (PLATÃO, 2004, p. 45).

Percebe-se que Glauco e Adimanto advogam uma visão utilitarista da justiça. As pessoas estariam sempre a fazer cálculos de perdas e ganhos para decidirem acerca da prática ou não de dessa virtude, e ilustram sua teoria com a lenda do anel mágico de Gíges³, que permitia ao possuidor tornar-se

³ Conta a lenda que Gíges era “um pastor que servia em casa do que era então soberano da Lídia. Devido a uma grande tempestade e tremor de terra, rasgou-se o solo e abriu-se uma fenda no local onde ele apascentava o rebanho. Admirado ao ver tal coisa, desceu por lá e contemplou, entre outras maravilhas que para aí fantasiavam, um cavalo de bronze, oco, com umas aberturas, espreitando através das quais viu lá dentro um cadáver, aparentemente maior do que um homem, e que não tinha mais nada senão um anel de ouro na mão. Arrancou-lhe e saiu. Ora, como os pastores se tivessem reunido, da maneira habitual, a fim de comunicarem ao rei, todos os meses, o que dizia respeito aos rebanhos, Gíges foi lá também, com o seu anel. Estando ele, pois, sentado no meio dos outros, deu por acaso uma volta ao engaste do anel para dentro, em direção à parte interna da mão, e, ao fazer isso, tornou-se invisível para os que estavam ao lado, os quais falavam dele como se tivesse ido embora. Admirado, passou de novo a mão pelo anel e virou para fora o engaste. Assim que o fez, tornou-se visível. Tendo observado estes fatos, experimentou, a ver se o anel tinha aquele poder, e verificou que, se voltasse o engaste para dentro, se tornava invisível; se o voltasse para fora, ficava visível. Assim senhor de si, logo fez com que fosse um dos delegados que iam junto do rei. Uma vez lá chegado, seduziu a mulher do soberano, e com o auxílio dela, atacou-o e matou-o, e assim se tomou o poder” (PLATÃO, 2004, p. 46).

invisível, podendo assim satisfazer impunemente todos os seus desejos. Muito poucos seriam aqueles que assim não agiriam, se tivessem tal poder em suas mãos.

Sócrates se diz admirado com tais argumentos e revela a dificuldade do empreendimento de defender a justiça, afirmando, no entanto, que o faria, pois não poderia admitir um ataque direto a essa virtude e se manter calado.

Em seguida, ele questiona se a justiça seria uma qualidade de um só indivíduo, ou também de toda a cidade, recebendo a resposta dos interlocutores de que seria uma virtude também coletiva. Era o que ele precisava para delinear o método de investigação que passaria a empreender na análise desse problema fundamental:

Talvez exista uma justiça numa escala mais ampla, e mais fácil de apreender. Se quiserdes então, investigaremos primeiro qual a sua natureza nas cidades. Quando tivermos feito essa indagação, executá-la-emos em relação ao indivíduo, observando a semelhança com o maior na forma do menor (PLATÃO, 2004, p. 55).

Portanto, Platão parte do homem para o Estado, a fim de novamente retornar ao homem. Se a justiça é uma virtude que somente pode ser bem avaliada a partir de uma visão mais abrangente da organização social, não se deve perder de vista que é sempre o homem o seu grande arquiteto.

Não é a política o tema principal na obra *A República*, mas o homem. É no homem que Platão coloca o seu foco (JAEGER, 2010, p. 836). O Estado é apenas o espaço adequado de que ele necessita para a edificação da forma do homem

justo, que seria o responsável pela concretização do Estado verdadeiramente justo.

Platão acreditava que a estrutura dos Estados não era ditada pelo modelo de constituição adotada, mas pelo tipo de cidadão da *polis*. Às diversas constituições correspondem outros tantos tipos de homens. Elas não nascem ao acaso (ou, como diz Platão, não nascem simplesmente do carvalho e da rocha), mas brotam dos caracteres que há nas cidades, os quais determinam a tendência do Estado para um ou outro sentido (JAEGER, 2010, p. 937).

Se no homem é possível identificar o desejo, a vontade e a razão como elementos que devem ser equilibrados para a formação de uma personalidade justa, também na vida dos Estados podem ser identificadas diferentes tarefas a eles correspondentes: alimentação, defesa e razão. E a tais tarefas correspondem diferentes classes de cidadãos: os assalariados, os guerreiros e os governantes. Assim como nos indivíduos, apenas se os três conviverem em harmonia será possível atingir um Estado justo – guiado pela razão encarnada nos governantes (STÖRIG, 2008, p. 138).

A estrutura política platônica possui em seu vértice uma pequena classe governante de guardiões que será protegida por uma grande classe de soldados. Eles não deverão ter contato com o dinheiro ou qualquer preocupação econômica ou material, que deverá ser suprida por uma ampla base constituída pela população comercial, industrial e agrícola.

Propõe-se um utópico comunismo de bens, cônjuges e filhos entre os guardiões, que teria o objetivo de impedir que eles sentissem cobiça pelo luxo ou poder. Uma vida

compartilhada em todos os seus pormenores. Para evitar o desejo da posse em nome da família, os filhos dos guardiões deveriam ser separados de seus pais e criados em comunidade, e inclusive amamentados por *mulheres também pertencentes à classe dos guardiões*, que não saberiam se estariam amamentando os próprios filhos, ou de outrem.

Exatamente, mulheres-guardiãs. Porque, conforme será visto, era o mérito, e não o sexo ou a linhagem, que ditava a posição ocupada por cada cidadão dentro desse sistema platônico de castas⁴. Todos os guardiões seriam pais e mães de todas as crianças dessa comunidade, e todos os filhos seriam irmãos entre si. Substitui-se o amor filial pela fraternidade coletiva.

Para o sucesso desse empreendimento, era fundamental que a classe dos guardiões, responsável por governar a cidade, se mantivesse pura dos desejos mundanos, e que nenhum deles tivesse qualquer bem além do absolutamente necessá-

⁴ Embora Platão demonstrasse uma excessiva preocupação com o controle da natalidade e a eugenia, acreditando que os guardiões, por serem os homens e mulheres mais aptos, normalmente também gerariam filhos mais aptos a serem futuros guardiões, ele deixa claro que, no final das contas, não seria o caráter hereditário, mas as características pessoais, que determinariam a posição a ser ocupada por cada um: “Vós sois efetivamente todos irmãos nesta cidade”, como diremos ao contar-lhes a história, ‘mas o deus que vos modelou, àqueles dentre vós que eram aptos para governar, misturou-lhes ouro na sua composição, motivo por que são mais preciosos; aos auxiliares, prata; ferro e bronze aos lavradores e demais artífices. Uma vez que sois todos parentes, na maior parte dos casos gerareis filhos semelhantes a vós, mas pode acontecer que do ouro nasça uma prole argêntea, e da prata, uma áurea, e assim todos os restantes, uns dos outros. Por isso o deus recomenda aos chefes, em primeiro lugar e acima de tudo, que aquilo em que devem ser melhores guardiões e exercer mais aturada vigilância é sobre as crianças, sobre a mistura que entra na composição de suas almas, e, se a sua própria descendência tiver qualquer porção de bronze ou de ferro, de modo algum se compadeçam, mas lhes atribuam a honra que compete à sua conformação, atirando com eles para os artífices ou os lavradores; e se, por sua vez, nascer destes alguma criança com uma parte de ouro ou prata, que lhes dêem as devidas honras, elevando-se uns a guardiões, outros a auxiliares” (PLATÃO, 2004, p. 109-110).

rio. Eles deveriam concordar em receber uma quota fixa dos cidadãos, o suficiente para cobrir suas despesas durante o ano, e nada mais. Teriam refeições comuns e viveriam juntos, como soldados em um acampamento. Quanto ao ouro e a prata, lhes seria dito que o metal mais divino estava dentro deles, e eles não deveriam poluir o divino misturando-o com o terreno (PLATÃO, 2004, p. 111).

Dentro desse Estado, cada cidadão deveria aceitar o lugar a ele reservado na organização social, que era determinado a partir de um rigoroso processo de seleção. Os gregos possuíam uma visão bem sedimentada no sentido de que “cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para a qual a sua natureza é mais adequada” (PLATÃO, 2004, p. 128). A cada um caberia a tarefa mais indicada à sua natureza, visando não somente o seu próprio bem-estar, mas tendo em mira especialmente a harmonia social e o bem-estar coletivo⁵.

Essa é, aliás, a definição de justiça de Platão. Justiça é “desempenhar cada um a sua tarefa” (PLATÃO, 2004, p. 128). Embora singela, essa conclusão tem consequências profundas para a proposta platônica, pois a eficiente harmonia é uma característica fundamental do Estado (ou indivíduo) perfeitamente justo. Sobre ela, escreve Durant (1991, p. 50):

⁵ Nesse sentido, Sócrates afirma a Glauco o seguinte: “Esqueceste-te novamente, meu amigo, que à lei não importa que uma classe qualquer da cidade passe excepcionalmente bem, mas procura que isso aconteça à totalidade dos cidadãos, harmonizando-os pela persuasão ou pela coação, e fazendo com que partilhem uns com os outros do auxílio que cada um deles possa prestar à comunidade; ao criar homens destes na cidade, a lei não o faz para deixar que cada um se volte para a atividade que lhe aprouper, mas para tirar partido dele para a união da cidade” (PLATÃO, 2004, p. 215).

Isso tem um som decepcionante; depois de tamanha demora, esperávamos uma revelação infalível. O que significa a definição? Simplesmente que cada homem irá receber o equivalente àquilo que produz e irá exercer a função para a qual esteja mais bem preparado. Um homem justo é aquele colocado justo no lugar certo, fazendo o que lhe for possível e dando o pleno equivalente daquilo que recebe. Uma sociedade de homens justos seria, portanto, um grupo altamente harmonioso e eficiente; porque todos os elementos estariam nos seus lugares, exercendo sua função apropriada como as partes de uma orquestra perfeita. Justiça, numa sociedade, seria como aquela harmonia de relações graças à qual os planetas são mantidos unidos em seu movimento ordenado (ou, como teria dito Pitágoras, musical). Assim organizada, uma sociedade está apta a sobreviver; e a justiça recebe uma espécie de sanção darwiniana. Onde os homens estão fora de seus lugares naturais, onde o homem de negócios subordina o estadista, ou o soldado usurpa a função do rei – ali a coordenação das partes é destruída, as juntas se deterioram, a sociedade se desintegra e se dissolve. Justiça é coordenação eficiente.

Mas, para que cada cidadão fosse colocado no lugar justo e certo, consoante seus talentos e aptidões, seria necessária a garantia de igualdade de oportunidades a todos. Segundo Platão, isso somente seria possível por meio da revisão do processo de formação educacional do homem grego, em etapas que permitiriam selecionar a classe a que cada qual deveria pertencer. Todas as posições estariam abertas a qualquer um, independentemente de sua riqueza, linhagem ou sexo. Störig (2008, p. 138) nos traça um sucinto roteiro de como seria realizada essa separação (seleção) em castas na sociedade platônica:

Começa-se com o estado oferecendo a cada criança, qualquer que seja sua origem, as mesmas possibilidades de formação. Ginástica e

música são os elementos básicos da educação na infância. A ginástica forma o corpo, confere coragem e resistência. A música forma a alma, confere ternura e suavidade. A união das duas leva à harmonia do caráter. A isto acrescentam-se, então, o cálculo, a matemática e o prévio exercício da dialética, portanto do reto pensar, e ainda a imposição de dores, esforços e privações, alternando-se com tentações, com o objetivo de provar e reforçar a firmeza. Aos vinte anos de idade, os que não satisfizeram essas exigências serão, em um rigoroso e imparcial exame, excluídos dos pretendentes ao cargo supremo. Os restantes serão educados por mais dez anos. Em seguida far-se-á nova seleção. Para os que tiverem permanecido, segue-se, durante cinco anos, um treinamento intelectual na filosofia. Mas para os que tiverem passado por todos esses estágios, agora com trinta e cinco anos de idade, estará faltando ainda, para a participação no governo, uma coisa essencial: a experiência e a habilidade na vida prática, na luta pela existência. Durante quinze anos devem eles ainda comprovar-se nisso, e em vez de o serem no reino do pensamento, serem aprovados nos problemas que aparecerem. Depois, já aos cinquenta anos, firmes e moderados, comprovados na luta pela vida, formados igualmente na teoria e na prática, passarão a ocupar as posições de direção. E isto automaticamente, sem que haja necessidade de mais uma seleção – pois já ficou estabelecido quais são os melhores. Tornar-se-ão os reis dos filósofos ou os filósofos reais, de acordo com o sonho de Platão, unindo em si poder e sabedoria – que belo ideal!

Por meio de etapas classificatórias, os cidadãos seriam selecionados para as funções mais condizentes com suas características, sendo reservado o posto mais elevado, dos guardiões que deveriam governar, apenas para aqueles que ultrapassassem com sucesso todas elas, após mais de cinquenta anos de preparação.

É possível perceber que para Platão apenas os filósofos conseguiriam sagrar-se vencedores desse longo processo

de seleção. Somente eles teriam a virtude genuína para governar. As demais classes, por outro lado, embora tenham almas racionais, no cotidiano são guiadas não pela razão, mas pela força de seus desejos, o que as torna inaptas para decidir o destino de seus semelhantes⁶.

Esse é o projeto aristocrático de Platão. O governo dos melhores. Enquanto os reis não forem filósofos e os filósofos não forem reis, unindo o poder político e a filosofia, impossível será atingir um Estado perfeitamente justo (PLATÃO, 2004, p. 170).

3. A TEORIA DAS IDÉIAS: GÊNESE E DECADÊNCIA DOS REGIMES POLÍTICOS

Para entender a concepção platônica de Estado ideal, e como surgiriam as demais formas de governo, é preciso dar um passo atrás e investigar sua Teoria das Idéias, que constitui a base sobre a qual se ergueu toda sua filosofia.

Antes do florescimento da filosofia grega, era a mitologia que buscava explicar os acontecimentos da vida através de uma narrativa geralmente fantástica e sobrenatural, mas que tinha o objetivo de identificar verdades que deveriam ser transmitidas através de uma determinada simbologia.

⁶ *"In the Republic Plato consistently intends, despite some appearances to the contrary, to require wisdom in any virtuous person. This requirement implies that only the rulers in the ideal city—and therefore ultimately only the philosophers—can have genuine virtue, and that the lower classes in the ideal city are guided by their nonrational parts. Although their souls have rational parts and these rational parts absorb the correct values, members of the lower classes are guided by the strength of different desires, not by their authority"* (IRWIN, 1995, p. 350).

Com a filosofia, aos mitos e teogonias foi acrescentada uma pergunta teórica fundamental, que marcou uma virada na maneira como o homem passaria a enxergar a natureza: *o que é?*

Mas, o que levou os gregos a se perguntarem o que são as coisas? O que os assombrou a ponto de começarem a filosofar? O que os fez sentirem-se estranhos no mundo em que se encontravam? O *movimento*, responde Marías (2004, p. 14). Movimento, em grego, tinha um sentido mais amplo e podia expressar mudança de lugar; aumento ou diminuição; alteração; e geração e corrupção. Todos esses sentidos, mas especialmente o último, passaram a inquietar o homem grego, porque o mergulhavam na incerteza sobre as coisas. Se as coisas mudam, elas deixam de ser o que é e, portanto, não podem ser conhecidas. A partir de então, o questionamento anterior foi reformulado nos seguintes termos: é possível conhecer algo para além de sua aparência?

Heráclito e Parmênides, filósofos identificados como pré-socráticos e contemporâneos (em torno de 500 a.C.), estão entre os primeiros que buscaram formular respostas a esse respeito, embora tenham adotado posições antagônicas. As obras da maioria dos filósofos desse período se perderam, restando apenas poucos fragmentos, de modo que suas idéias são uma reconstrução de citações e análises feitas por outros filósofos, como Platão e Aristóteles.

Para Heráclito, de Éfeso, cidade da Ásia Menor, o mundo é um fluxo perpétuo de transformações, em que tudo se transforma em seu contrário. Entre seus fragmentos podemos ler o seguinte: “tudo se faz por contraste, da luta dos

contrários nasce a mais bela harmonia”; “trata-se de uma única e mesma coisa: a vida e a morte, a vigília e o sono, a juventude e a velhice; pois a mudança de um leva ao outro e vice-versa”; e ainda: “o frio torna-se quente, o quente frio, o úmido seco, e o seco úmido” (HERÁCLITO, 2007, p. 15-17). Assim, apenas a mudança é real, e tudo está em contínua transformação. Não existe permanência. Os contrários se transformam um no outro, e é pela luta dos contrários que o mundo se move.

Parmênides, de Eleia, uma colônia grega no sul da Itália, opõe-se a esse pensamento, e afirma que o movimento e o fluxo de transformações são apenas aparência. Os contrários não podem se transformar uns nos outros, porque o *ser* não pode levar ao *não-ser* – “a contradição é o impensável e o indizível, uma vez que uma coisa que se torna o oposto de si mesma destrói-se a si mesma, torna-se nada” (CHAUÍ, 2009, p. 105). Por isso, Parmênides aconselha em seu poema *As duas vias*: “jamais se conseguirá provar que o não-ser é; afasta, portanto, o teu pensamento desta via de investigação, e nem te deixes arrastar a ela pela múltipla experiência do hábito” (PARMÊNIDES, 2007, p. 13). Isso significa dizer que apenas o *ser* é, e o *não-ser*, não é. Apenas o *ser* é a realidade, porque o *não-ser* simplesmente não existe. E se somente o *ser* é realidade, não existe movimento do *ser* para o *não-ser*, não existe o fluxo perpétuo de transformações, como defende Heráclito.

O *ser*, para Parmênides, é sempre idêntico a si mesmo, sem contradições, imutável e imperecível. O *dever*, o fluxo dos contrários, seria mera opinião e apenas o enxergamos

como realidade devido a uma confusão de nossa percepção sensorial. A mudança significaria ir do ser para o não-ser, o nada, o que é impensável. O conhecimento apenas é possível se as coisas que pensamos e dizemos guardarem identidade, forem permanentes, pois só podemos dizer e pensar sobre aquilo que é sempre idêntico a si mesmo. A modificação de uma coisa no seu contrário a leva a deixar de ser, pois o que se contradiz se autodestrói. Apenas o ser pode ser dito e pensado (CHAUÍ, 2009, p. 105).

Portanto, se para Heráclito o conhecimento significa admitir o eterno movimento das coisas, que se transmutam continuamente em seus contrários, Parmênides afirma que a mudança é apenas uma ilusão, e somente o ser, imutável por natureza, é a verdadeira realidade que pode ser conhecida. Qual dos dois estaria com a razão? Ambos, responde Platão.

Heráclito tinha razão ao afirmar que tudo está em eterno movimento em direção aos seus contrários. Mas isso apenas seria válido para o mundo sensível, material. E Parmênides também estava certo em considerar o ser como a verdadeira realidade, imutável, imperecível e sem contradições. Só que esses atributos somente se aplicariam ao mundo das idéias. A partir do dualismo ontológico de sua Teoria das Idéias, Platão unifica as duas correntes de pensamento anteriores: os mobilistas (Heráclito) e os monistas (Parmênides).

A referida teoria não será abordada em profundidade, em razão dos limites e objetivos do presente estudo, mas apenas nos aspectos essenciais para entender por que ela constitui a base do pensamento platônico, e aí se inclui sua filosofia política.

Platão define dois planos distintos da realidade (mundo sensível e mundo das idéias), e a partir desse dualismo ontológico, também os diferencia no nível epistemológico, ao afirmar que as idéias são o objeto do verdadeiro conhecimento, enquanto as coisas sensíveis seriam mera opinião. Afirma que somente o ser é objeto de conhecimento, pois só se pode conhecer aquilo que é. Por outro lado, o não-ser não é passível de ser conhecido, pois não existe. Assim, o ser (mundo das idéias) corresponde ao conhecimento, e o não-ser à ignorância (PLATÃO, 2004, p. 174-178).

Segundo Soares (2010, p. 47), essa dicotomia coloca a opinião, que é conhecimento acerca das coisas sensíveis, em uma posição epistemologicamente intermediária entre o verdadeiro conhecimento (das coisas em si – ser) e a ignorância (o não-ser). E isso leva a considerar as coisas sensíveis em uma posição ontologicamente intermediária entre o ser e o não-ser, ou seja, seriam mera aparência. Para Platão, os filósofos são aqueles que se dedicam ao conhecimento do “ser em si”, acessível somente no mundo das idéias, enquanto os demais homens possuem apenas “opinião” sobre as coisas que observam no mundo sensível, incapazes de vislumbrar o reino das idéias, onde se encontra o conhecimento.

Esse último seria o original e verdadeiro, acessível apenas pelo pensamento liberto da experiência sensível. As coisas em si são imutáveis, essências que servem de modelo, ou molde, às coisas que existem concretamente, no mundo sensível⁷.

⁷ Não se pode deixar de destacar que é problemática a explicação da maneira como as “coisas em si” conseguem se materializar nas “coisas sensíveis”. Segundo Nodari (2004, p. 373), nesse ponto a teoria platônica apresenta aspectos teológicos, uma vez que na obra *Timeu* (29 a-b) se afirma que a mediação entre os planos inteligível e

Assim, por exemplo, podem existir milhões de cães e gatos no mundo, mas nenhum deles é exatamente igual ao outro. Todos possuem características que os diferenciam. No entanto, o que faz com que ainda sejam reconhecidos como cães e gatos, não obstante as diferenças, às vezes marcantes, entre si? A sua origem comum, a sua essência de cão e gato, o seu modelo essencial imutável, presente no mundo das idéias.

A tarefa da filosofia, para Platão, é mostrar a possibilidade de análise e cura do patológico múltiplo desordenado do mundo sensível, no qual os homens se perdem, por meio da edificação do modelo ideal. E apenas o filósofo teria a capacidade de levar a cabo tal empreendimento. Enquanto este consegue captar a multiplicidade a partir da unidade, o homem comum se limita ao mundo corpóreo e se agarra ao múltiplo que fere os sentidos, repelindo a unidade (NODARI, 2004, p. 370). O homem comum não teria o conhecimento da realidade, mas apenas opiniões sobre objetos sensíveis e transitórios. Somente o filósofo, que consegue vislumbrar as essências, é apto a acessar e declarar o verdadeiro conhecimento⁸.

sensível é obra de uma Inteligência Suprema, um Demiurgo, artífice responsável por plasmar o princípio material segundo os modelos imutáveis e uniformes presentes nos mundos das idéias. O nosso mundo seria o resultado desse trabalho, imagem e cópia de um mundo eterno.

⁸ Para explicar de modo mais didático a sua teoria, Platão propôs uma alegoria, universalmente conhecida como “mito da caverna” (PLATÃO, 2004, p. 210-212). Imagine-se prisioneiros presos desde o nascimento no interior de uma caverna, com suas cabeças imóveis e voltadas para frente, e com objetos e uma fogueira atrás de si, que projetam sombras ao fundo, que são tomadas por realidade. Eles representam o homem comum, que somente consegue enxergar o mundo sensível, desordenado e mutável, sombra do mundo ideal. O filósofo seria o indivíduo que consegue se libertar de seus grilhões, subir para a superfície, e visualizar a paisagem iluminada pelo sol, símbolo do mundo das idéias. Apesar de em princípio sua visão ficar ofuscada, aos poucos ele passa a enxergar a verdadeira realidade que o deslumbra. No entanto, caso ele decida voltar ao interior da caverna, por se compadecer da situação de

Para além da epistemologia, Platão também vislumbrava metas bem concretas que deveriam ser atingidas a partir de sua Teoria das Idéias, especialmente na organização da *Polis*. Se para cada coisa existe um modelo perfeito no mundo das idéias, isso também se aplicaria às formas de governo.

Por meio do personagem Sócrates, Platão descreve o seu modelo ideal de sociedade, que seria a aristocracia dos filósofos. No entanto, em seguida ele é instigado por Glauco a continuar o seu relato, o qual indaga que “se esta cidade era perfeita, as outras, dizias tu, eram defeituosas” (PLATÃO, 2004, p. 239).

Platão enxergava as diversas formas de governo como uma derivação de seu modelo ideal, originário e perfeito. Não apenas derivação, mas uma degeneração desse modelo. Ao afirmar que o mundo sensível era uma cópia imperfeita do mundo ideal, ele via as mudanças do modelo originário, o “fluxo dos contrários” de Heráclito, como a causa das imperfeições das coisas.

Era preciso, portanto, retomar o modelo original, perdido no tempo. Segundo Popper (1974, p. 34-35), parece plausível que a profecia feita por Platão na obra *Estadista*, do retorno à “idade do ouro”, seja a expressão de tais idéias sob a forma de mito. Com sua proposta utópica, ele acreditava na possibilidade de reorganizar o Estado para retomar o modelo perfeito do mundo das idéias e, a partir daí, deter

sombras de seus companheiros, certamente será tomado por louco, ou até mesmo poderá ser morto, ao tentar descrever o mundo real ou fazer com que eles o acompanhem. Os que são acostumados com as sombras não se libertam dela com facilidade.

o processo de mudança política, que poderia levá-lo novamente à degeneração.

E as mudanças responsáveis pela degeneração dos Estados, segundo Platão, sempre tem sua origem no excesso de seu princípio fundamental. Portanto, a aristocracia começa a se arruinar por “limitar com demasiado rigor o círculo dentro do qual se concentra o poder; a oligarquia se arruína pela irrefletida corrida em busca da riqueza imediata. Em qualquer dos dois casos, o fim é a revolução” (DURANT, 1991, p. 38).

Mesmo as qualidades, quando em excesso, acabam por se tornar responsáveis pela decadência dos regimes. Embora sonhe com sua utópica República, Platão parece admitir grandes desafios à sua perenidade, ao afirmar que mesmo sendo difícil abalar um Estado constituído desse modo, “como tudo o que nasce está sujeito à corrupção, nem uma constituição como essa permanecerá para sempre, mas há de dissolver-se” (PLATÃO, 2004, p. 241).

E a aristocracia por ele delineada começaria a dissolver-se a partir da descendência dos primeiros guardiões, especialmente pela escolha de indivíduos não qualificados a ocuparem esse posto, e que se deixassem levar pela ambição e pelo gosto das honrarias. Esse seria um estágio intermediário, por ele denominado de Timocracia, que desembocaria ao final nas oligarquias, ou seja, na forma de governo “baseada no recenseamento da propriedade, em que os ricos são soberanos e os pobres não participam do governo” (PLATÃO, 2004, p. 246).

O grande problema do Estado Oligárquico “é que um Estado desses não é um só, mas dois, forçosamente: o dos pobres e o dos ricos, que habitam no mesmo lugar, e estão sempre a conspirar uns contra os outros” (PLATÃO, 2004, p. 247).

Mas a oligarquia também haveria de soçobrar pelo excesso de sua característica fundamental: a elevada concentração de riqueza nas mãos de poucos, colocando em risco a sobrevivência dos demais. Mesmo que os proprietários estivessem no comando, haveria determinadas situações em que governantes e governados ficariam lado a lado, seja em viagens, navegações ou expedições militares. Nesses momentos, seria possível que os mais pobres se comparassem aos mais ricos e percebessem sua superioridade física e numérica, passando a se questionar se não seria por sua própria covardia que aqueles prosperam e eles não.

Essa percepção popular de que o seu maior número poderia garantir a tomada do poder é o gérmen da revolução, que pode contar ou não com o auxílio de forças estrangeiras, e que culminará com a derrocada da oligarquia e sua consequente substituição por um governo democrático. Conclui Sócrates que a democracia então surgiria “quando após a vitória dos pobres, estes matam uns, expulsam outros, e partilham igualmente com os que restam o governo e as magistraturas, e esses cargos são, na maior parte, tirados à sorte” (PLATÃO, 2004, p. 253). Ela teria como principal característica a liberdade, com cada um podendo dar à própria vida a organização que melhor lhe conviesse.

4. A DEMOCRACIA COMO O GRANDE ATALHO PARA A TIRANIA

Platão define a democracia⁹ como “uma forma de governo aprazível, anárquica, variegada, e que reparte a sua igualdade do mesmo modo pelo que é igual e pelo que é desigual” (PLATÃO, 2004, p. 255).

Em contraponto ao modelo de sociedade estratificada e planejada por ele proposto, em que os cidadãos deveriam ocupar e bem exercer a função a eles destinada, o modelo democrático privilegiaria o indivíduo em detrimento da comunidade. A cada um caberia definir o estilo de vida que julgasse mais apropriado, independente dos interesses da *Polis*. E todos seriam tratados de forma igualitária, ainda que os talentos e capacidades individuais em nada se assemelhassem¹⁰.

⁹ “Quando falamos em democracia grega, nunca podemos esquecer que a massa da população – em Atenas, por exemplo, mais do que a metade dos habitantes – era constituída de escravos, que não tinham direitos. Era do trabalho dos escravos que provinha o bem-estar do restante da população. Tudo quanto se pode ler nos escritores gregos sobre as diversas formas de constituição sempre se refere unicamente a esta minoria de cidadãos livres. Ninguém pensava em contestar a escravatura. Levando-se em conta esta restrição, poderemos dizer que a democracia era praticada em Atenas com tamanho radicalismo que seus princípios já chegavam ao exagero. E era como exagerada, ou mesmo como basicamente errada, que esta forma de estado aparecia aos olhos dos seus adversários, o partido aristocrático” (STÖRIG, 2008, p. 121).

¹⁰ Platão descreve como seria o homem democrático: “- Portanto – continuei eu –, passará cada dia a satisfazer o desejo que calhar, umas vezes embriagando-se e ouvindo tocar flauta, outras bebendo água e emagrecendo, outras ainda fazendo ginástica; ora entregando-se à ociosidade e sem querer saber de nada, ora parecendo dedicar-se à filosofia. Muitas vezes entra na política, salta para a tribuna e diz e faz o que concertar. Um dia inveja os militares, e vai para esse lado, ou os negociantes, e volta-se para aí. Na vida dele, não há ordem nem necessidade; considera que uma vida destas é doce, livre e bem-aventurada, e segue-a para sempre. – Descreveste perfeitamente a vida de um amante da igualdade. – Suponho que também mostrei como é matizado e repleto de toda a espécie de caracteres, e que é ele o homem belo e furta-cores como o Estado em questão (PLATÃO, 2004, p. 259).

O ambiente de excessiva liberdade proporcionado pela democracia levaria o jovem a ceder a todos os prazeres e desejos, necessários e não necessários. Aos poucos, eles “apoderam-se da acrópole da alma do jovem, por terem pressentido que estava vazia de ciência, de hábitos nobres e de princípios verdadeiros, que são as melhores sentinelas e guardiões da razão nos homens amados pelos deuses” (PLATÃO, 2004, p. 257).

Difícil imaginar que Platão pudesse enxergar a importância dos ideais democráticos, uma vez que eles pareciam colocar por terra tudo aquilo que ele prezava como necessário à reconstrução do Estado ideal: uma vida austera e dedicada por parte dos cidadãos (especialmente dos guardiões) e a supremacia dos interesses da coletividade em detrimento dos particulares. Ademais, não haveria como admitir a igualdade de tratamento em uma sociedade estratificada como a que ele propõe. Os guardiões possuem talentos que os diferenciam claramente dos demais, e são submetidos a restrições não impostas às outras classes. Não poderiam, portanto, receber o mesmo tratamento. O mesmo raciocínio seria aplicável a todas as demais camadas do estrato social. A igualdade, numa realidade como essa, não seria mais do que uma quimera.

Mas a democracia não seria perigosa apenas por prestigiar uma igualdade inexistente na realidade, ou levar à anarquia social. O risco maior, que ela traz em si de forma latente, é que os seus valores são os ingredientes necessários à convulsão social geradora do ambiente propício ao nascimento da tirania.

Do mesmo modo que a democracia surge do excesso de cobiça pela riqueza e da negligência em relação aos demais membros da sociedade, característicos da oligarquia, a tirania nasce do excesso de liberdade observado na democracia. Conforme observa Sócrates, “o excesso costuma ser correspondido por uma mudança radical, no sentido oposto, quer nas estações, quer nas plantas, quer nos corpos, e não menos nos Estados” (PLATÃO, 2004, p. 261). A escravidão da tirania seria apenas um fruto do excesso de liberdade da democracia.

Jaeger (2010, p. 955-956) sintetiza o percurso traçado por Platão do regime democrático ao tirânico, em razão do excesso de liberdade experimentado pelos cidadãos em uma democracia:

A transformação de cada extremo no seu contrário corresponde a uma necessidade imposta pela lei natural, que vigora tanto no reino da atmosfera, como no mundo vegetal e no mundo animal. Porque haveria, portanto, de acontecer de maneira diferente no mundo político? [...] Os zangões, cujo efeito pernicioso já podemos observar no Estado oligárquico, são igualmente na democracia os germens das doenças que põem em perigo a vida coletiva. Um sábio apicultor elimina-os a tempo, do povo, a fim de salvar o conjunto da colmeia. Os zangões são os demagogos que falam e atuam na tribuna, enquanto a massa zumba à sua volta e não consente que ninguém exteriorize uma opinião diferente. O mel é a fortuna dos ricos e constitui o verdadeiro alimento dos zangões. A massa da população politicamente inativa, que vive do trabalho das suas mãos, não possui nada de grande, mas é chamada a decidir nas assembleias, e os demagogos pagam-lhe com um pouco de mel, quando ela se decide a confiscar a fortuna dos ricos; mas é para si próprios que os zangões guardam a maior parte dessa fortuna. Os abastados lançam-se na

política para se defenderem com as únicas armas eficazes dentro do Estado. Por outro lado, porém, a sua resistência é interpretada como um grito de combate e a massa confere ao seu chefe poderes ilimitados. E assim nasce a tirania.

A imagem pintada por Platão é de uma sociedade altamente desunida, em que os oligarcas seriam objeto de exploração por parte do povo, que constitui uma maioria politicamente inativa, mas habilmente manipulada por políticos demagogos (zangões), que são quem realmente se aproveita dos recursos estatais, oriundos das fortunas usurpadas dos cidadãos mais abastados.

Estes, por sua vez, também tentam utilizar o campo político para a defesa de seus interesses, o que leva os cidadãos, sob manobra dos demagogos, a eleger um “chefe” que os defenda contra as oligarquias, normalmente lhe conferindo poderes ilimitados para o desempenho dessa tarefa.

Eis o caminho que levaria à tirania, pois é fácil perceber que uma vez no “trono”, o tirano não o desocuparia assim tão facilmente. No Estado aristocrático platônico, essa ameaça da usurpação do poder pelos guardiões também existia, mas, como observa Jaeger (2010, p. 802-803), havia uma legítima expectativa, baseada em seu longo processo educativo, de que eles não se degenerassem de cães de guarda em lobos que devoram o rebanho. Na democracia, por outro lado, não haveria qualquer esperança nesse sentido.

5. A RÉPLICA EM DEFESA DA DEMOCRACIA

A proposta platônica deixa claro o seu idealismo quanto à necessidade de se deter o processo de mudança política. O

Estado originário, aristocrático, é o modelo essencial e perfeito, o qual foi se degradando aos poucos pela perda de suas características fundamentais, que o levou a se transmutar nas demais formas de governo, culminando com a tirania – resultado do excesso de liberdade democrática.

Contudo, o que Platão pretende com essa doutrina, segundo Popper (1974, p. 100), é que “voltemos ao patriarcado tribal do tempo anterior à Queda, ao natural governo de classe dos poucos sábios sobre os muitos ignorantes”. De modo bastante crítico, adverte que ele foi o primeiro grande inimigo da democracia, e que, sob as vestes de um pretense coletivismo altruísta, buscava implantar um Estado de cunho totalitário.

Voltemos à definição de Platão sobre justiça. Ela significa que cada um deve ocupar o lugar a ele destinado, por natureza, na *Polis*¹¹. Assim, que o rico continue com suas riquezas, de preferência cada vez mais rico, e o pobre se acostume com

¹¹ “Ora, vê lá se pensas o mesmo que eu – diz Sócrates. Se um carpinteiro experimentar fazer o trabalho de um sapateiro, ou um sapateiro o de um carpinteiro, trocando os utensílios respectivos ou salários, ou se o mesmo homem tentar exercer ambos os ofícios, ou se fizerem as outras mudanças, porventura achas que o fato causará grande prejuízo à cidade? – De modo algum – respondeu. – Mas quando, penso eu, um homem for, de acordo com a sua natureza, um artífice ou negociante qualquer, e depois, exaltado pela sua riqueza, pela multidão, pela força ou qualquer atributo deste gênero, tentar passar para a classe dos guerreiros, ou um guerreiro para a dos chefes e guardiões, sendo indigno disso, e forem esses que permutem entre si instrumentos e honrarias, ou quando o mesmo homem tentar exercer estes cargos todos ao mesmo tempo, nesse caso penso que também acharás que esta mudança e confusão serão a ruína da cidade. – Absolutamente. – Logo, a confusão e mudança destas três classes umas para as outras seria o maior dos prejuízos para a cidade e com razão se poderia classificar de o maior dos danos. – Inteiramente. O maior dos danos para com a sua cidade, não dirás que é a injustiça? – Como não? – Por conseguinte, é isso a injustiça. E agora digamos a inversa: se a classe dos negociantes, auxiliares e guardiões se ocupar das suas próprias tarefas, executando cada um deles o que lhe compete na cidade, não se verificaria o contrário do caso anterior; a existência da justiça, e isso não tornaria a cidade justa? – Não me parece que possa ser de outra maneira, senão dessa” (PLATÃO, 2004, p. 129).

sua pobreza e sustente os privilégios do primeiro, pois essa é sua natureza. Para isso foi criado. Do mesmo modo, não se pode misturar sábios e ignorantes e pretender tratá-los de forma igualitária, pois não o são. Portanto, que os sábios filósofos governem, e o povo ignorante obedeça. Mas justiça não seria somente isso. Platão também a entendia como aquilo que representa o interesse superior do Estado, consubstanciado na manutenção desse rígido sistema de classes. Esse é o resumo mordaz de Popper acerca do projeto platônico.

Após atacar o igualitarismo como insensato e contrário à natureza, Platão também dirige severas críticas ao individualismo. Com sua extraordinária intuição sociológica, ele sabia distinguir o verdadeiro inimigo e atacá-lo, onde quer que se encontrasse. Ele propositalmente não apresentava o individualismo como a base para o desenvolvimento dos direitos dos indivíduos humanos, mas o identificava com o egoísmo, tachando os individualistas de incapazes de se devotarem a qualquer coisa que não eles próprios. Em defesa de seu coletivismo, argutamente realizava essa inversão de perspectiva, pois sabia que, junto com o igualitarismo, o individualismo era o grande responsável pela emancipação do indivíduo, que conduzira à queda do tribalismo e à ascensão da democracia (POPPER, 1974, p. 116).

Mas o individualismo, embora inimigo do regime de castas platônico, unido ao altruísmo, tornou-se a base do desenvolvimento ético da civilização ocidental. A doutrina cristã fala em “ama a teu próximo” e não “ama tua tribo”. Mais à frente, Kant também nos traz o seu imperativo de que devemos reconhecer os indivíduos como fins, e não

como simples meios para atingirmos nossos fins (POPPER, 1974, p. 117).

A República Platônica, todavia, não poderia ser implementada sem a erradicação do igualitarismo e do individualismo. A aceitação de um regime de castas com vértice aristocrático somente seria possível com uma base popular que colocasse os interesses do Estado acima dos seus¹².

Aliás, acrescenta Popper (1974, p. 136), as críticas dirigidas por Platão à democracia e seus valores decorre de um desvio de perspectiva. Ele estabeleceu uma permanente confusão na filosofia política ao formular a questão: “quem deve governar?” É claro que diante de uma pergunta como essa seriam inevitáveis respostas como “o melhor”, “o mais sábio”, ou ainda, “a vontade geral”, “povo”, “os trabalhadores”, etc. Jocosamente, Popper arremata: quem iria defender o governo do pior, ou do mais estúpido?

Todavia, mesmo os que adotam a premissa de Platão devem admitir que os dirigentes políticos não costumam ser perfeitamente bons ou sábios, ainda que passem por um rigoroso processo de seleção. E não se pode confiar implicitamente e de antemão em suas decisões. Não seria sensato confiar cegamente nos líderes, mas nos prepararmos para os piores governantes, enquanto esperamos os melhores.

¹² “Eis a teoria coletivista, tribal, totalitária da moralidade: ‘É bom o que é do interesse de meu grupo, ou de minha tribo, ou de meu estado’. Fácil é ver o que implicava essa moralidade nas relações internacionais: que o próprio estado nunca pode estar errado em qualquer de suas ações, enquanto for forte; que o estado tem o direito não só de praticar a violência para com seus cidadãos, desde que isso leve a um acréscimo de sua força, mas também o de atacar outros estados, contanto que o faça sem enfraquecer-se. (Esta inferência, reconhecimento explícito da amoralidade do estado e, conseqüentemente, a defesa do nihilismo moral nas relações internacionais, foi extraída por Hegel)” (POPPER, 1974, p. 122).

Ao formular esse raciocínio, Popper (1974, p. 136) propõe substituir a pergunta “quem deve governar”, pela seguinte: “como poderemos organizar as instituições políticas de modo tal que maus ou incompetentes governantes sejam impedidos de causar demasiado dano?”

O foco não deveria ser a escolha dos melhores líderes, que poderiam tomar decisões em lugar do povo, sem quaisquer limites, mas o controle de seus atos. Seria imprescindível, ainda, garantir mecanismos de mudança periódica e pacífica dos governantes.

A teoria da democracia não pode se assentar apenas no princípio da maioria, mas deve igualmente prestigiar o controle, que deveria ser implementado através de métodos igualitários, tais como o sufrágio universal e o governo representativo – salvaguardas institucionais de eficácia comprovada pela experiência contra a tirania, suscetíveis de constante aperfeiçoamento. Quem a aceitasse nesse sentido não seria forçado a encarar a decisão da maioria como expressão autorizada do que é justo. Embora respeitando tal decisão, a fim de que possam funcionar as instituições democráticas, não haveria impedimento para combatê-la com os instrumentos legais disponíveis, e trabalhar pela sua revisão (POPPER, 1974, p. 140-141).

Mas um adequado poder de controle pressupõe a concretização de um projeto emancipatório do cidadão, com respeito a seus direitos fundamentais, que constituem o núcleo de sua autonomia privada, e também pelo estímulo à sua autonomia pública, expressa através do exercício

consciente dos direitos de comunicação e participação nas escolhas fundamentais do Estado.

O mero ato de votar, sem o posterior engajamento dos cidadãos nos debates públicos, e sem o controle dos atos de seus representantes eleitos, não remete a um regime que pode ser denominado democrático. A apatia política do indivíduo que apenas cumpre uma obrigação de tempos em tempos, ao ir às urnas, apenas legitima a existência de uma casta aristocrática política¹³, com a ressalva de que ali chegaram não por méritos de uma longa preparação, como pretendia Platão, mas por meio de uma perniciosa influência demagógica sobre a população.

Nesse ponto, a advertência vinda da antiga Academia ganha força, pois esse modelo de democracia pode efetivamente se degenerar na escolha de um líder com a pretensão de defensor dos direitos de um povo maltratado e esquecido por seus representantes, o que pode significar um caminho para a tirania, mesmo que disfarçada pelo manto democrático da escolha popular. Yascha Mounk (2019, p. 57-58) acrescenta que o povo nessas circunstâncias é ávido pela apresentação de soluções fáceis para a resolução de seus intrincados problemas, e os líderes populistas certamente as

¹³ Sobre a persistência da manutenção de uma hereditariedade político-oligárquica em solo brasileiro, Emerson Ademir Borges de Oliveira (2015, p. 32) pontua: “Vários exemplos poderiam ser dados em terras tupiniquins acerca das chamadas “oligarquias políticas”, a demonstrar que, ainda hoje, há papel preponderante da classe dirigente na sua perpetuação hereditária. Cite-se a esse propósito a corrida presidencial de 2014, em que figuraram entre os três principais candidatos Aécio Neves, neto de Tancredo Neves, que exerceu sua carreira política ao longo de cinquenta anos, e Eduardo Campos – falecido pouco menos de dois meses das eleições –, neto de Miguel Arraes, três vezes governador de Pernambuco”.

apresentam sem qualquer escrúpulo ou compromisso com o seu posterior cumprimento:

A prontidão dos líderes populistas para oferecer soluções tão simples que nunca funcionariam é muito perigosa. Uma vez no poder, suas políticas tendem a exacerbar justamente os problemas que haviam suscitado a indignação pública e levado à sua eleição. Seria tentador presumir que os eleitores, devidamente punidos pelo caos subsequente, voltariam a depositar confiança nos políticos de sempre. Mas o sofrimento adicional costuma os deixar num estado de espírito ainda mais amargo e inquieto. E, como mostra a história de muitos países na América Latina, quando um populista fracassa, os eleitores podem tanto se voltar a outro populista – ou a um rematado ditador – quanto devolver as antigas elites ao poder.

Esse círculo vicioso da entrega do poder, alternativamente, às elites ou a um tirano, somente poderá ser quebrado com o desenvolvimento de uma verdadeira democracia, a qual pressupõe o respeito aos diferentes aspectos da autonomia individual, pela observância dos direitos fundamentais dos cidadãos, e pelo estabelecimento de procedimentos que permitam a sua participação efetiva no processo político. Segundo Habermas (2018, p. 426), “as pessoas de direito só podem ser autônomas à medida que, no exercício de seus direitos de cidadãos, possam se compreender como autores daqueles direitos aos quais devem obedecer como destinatários”.

Existe, portanto, uma cooriginariedade entre as autonomias pública e privada, como pressuposto do desenvolvimento de um verdadeiro Estado Democrático, pois os cidadãos só podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública

quando sua independência é assegurada pelo respeito aos seus direitos fundamentais. E, do mesmo modo, só é possível chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso sobre os direitos que integram sua autonomia privada se for feito um uso adequado da autonomia pública, na condição de cidadãos participantes do processo político (HABERMAS, 2018, p. 430).

Esses canais de participação popular devem ser formalizados por meio de procedimentos que garantam que os diversos interesses sejam efetivamente considerados, seja através da participação direta (audiências públicas, plebiscitos), seja por meio de representantes e instituições que possam expor argumentos que devem ser levados em consideração de forma explícita no momento da tomada de decisão¹⁴.

O discurso político deve ser desenvolvido de forma argumentativa, através da troca de diferentes pontos de vista fundamentados, sobre qual das várias alternativas apresentadas seria a mais adequada para a resolução do problema social debatido. A pretensão é de envolver a maior parcela possível de cidadãos interessados ou afetados no processo de tomada de decisão. Essa participação teria o potencial de garantir o comprometimento de todos na implementação da

¹⁴ Oliveira e Rodegheri (2013/2014, p. 806) lembram a importância da utilização da tecnologia para o incremento da participação popular no processo político decisório, sendo a Internet um relevante canal para a interação entre os cidadãos e seus representantes eleitos, bem como para a contraposição de argumentos no debate público (espaço público online): "A nova esfera pública proporcionada pela Internet atua como canal de construção e aprimoramento do debate que já ocorre na sociedade, de forma presencial (offline), a exemplo da sistemática de eleições diretas, plebiscitos, entre outros. Cabe frisar que essa nova esfera pública virtual não visa competir ou diminuir a importância da atual forma de exercício da democracia. Porém, almeja criar condições para que mais pessoas participem, pensem criticamente e auxiliem o fortalecimento da democracia, de forma mais ágil, rápida e interativa".

decisão (concordando ou não com ela), diante da constatação de que foi respeitado o processo democrático (JOHNSON; JOHNSON; TJOVOLD, 2014, p.114).

E isso se revela especialmente importante quando se trata da definição de políticas públicas, como ocorre com o orçamento participativo. Ao se envolver de forma ativa no debate acerca das escolhas fundamentais da sociedade em que vive, o cidadão desenvolve sua autonomia e se reconhece como autor e destinatário das normas, o que favorece o seu cumprimento.

Nesse contexto, há que se questionar se uma decisão judicial que determina, de forma solipsista, a execução de uma dada política pública, muitas vezes sem sequer indicar a rubrica orçamentária que garantirá o seu cumprimento, poderia ser considerada democraticamente legítima. Seria o concurso público o procedimento moderno de seleção dos guardiões, a quem caberia tutelar os interesses de um povo inculto, apático e submisso?

Oportuna é a advertência de Ingeborg Maus acerca do risco de ascensão da Justiça à condição de mais alta instância moral da sociedade, que faria com que ela escapasse a qualquer mecanismo de controle social. O raciocínio, todavia, se aplica não somente ao Poder Judiciário, mas a todas as demais esferas de poder, havendo real perspectiva de regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social quando ocorre a eliminação de discussões e procedimentos de participação popular no processo de construção política do consenso (MAUS, 2000, p. 186-187).

Um Estado somente pode ser intitulado como Democrático de Direito se houver um efetivo respeito à autonomia do cidadão, com a observância de seus direitos fundamentais e a previsão de procedimentos que permitam sua participação no processo político de tomada de decisão, em todos os Poderes do Estado. O mero exercício do sufrágio universal e o respeito à decisão da maioria podem revelar um procedimento de escolha, dentre tantos outros possíveis, mas insuficientes, por si sós, para o reconhecimento de uma democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é difícil de se sentir atraído pela República idealizada por Platão. Assim como nós, ele vivenciava um período de decadência política em Atenas, e almejava encontrar o elixir que restabelecesse a saúde da *Polis*. Se fosse possível, de bom grado também refundaríamos nossos sistemas políticos, de modo a construir uma sociedade mais justa e solidária.

No entanto, sua teia foi cuidadosamente tecida para que sejamos enredados em seu Estado ideal, que somente existe no mundo das idéias. Concretamente, ele é impraticável. Mas, ainda que o fosse, significaria manter o cidadão permanentemente em um estado de “infância cívica”. Um guardião que decide em seu lugar alivia a tensão e a responsabilidade de participar do processo de argumentação e tomada de decisão.

Embora seja uma perspectiva cômoda para muitos, ser tutelado também significa sujeitar-se sem questionamentos àquilo que foi decidido, ainda que de forma contrária a seus interesses e de seu grupo. O problema não é a sujeição em si, pois isso também ocorre nos procedimentos de escolha

democráticos, mas que a decisão tenha sido tomada sem a participação dos interessados e sem que todos os argumentos tenham sido levados em consideração. No Estado Platônico, sem que tenha sido considerado qualquer argumento.

Por isso, falar em democracia é falar em emancipação do cidadão. Ele deve sair do estado de infância, em que os outros decidem em seu lugar, para expor os seus argumentos e lutar por eles, aceitando as consequências das decisões que foram tomadas, por sentir-se um efetivo participante desse processo. E, depois, cabe-lhe ainda fiscalizar o cumprimento do que foi decidido. Todo poder somente obedece aos limites traçados se for permanentemente controlado.

Ainda que conseguíssemos sair da caverna e atingir o mundo exterior, necessário seria depor os guardiões e estabelecer ali uma democracia. Com todos os seus erros e acertos, é através dela que desenvolvemos nossa autonomia como cidadãos, e deixamos de ser crianças.

7. REFERÊNCIAS:

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2009.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Editora Record, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HERÁCLITO. Fragmentos: o mobilismo. In: MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

IRWIN, Terence. *Plato's ethics*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. Tradução Artur M. Parreira. 5ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

JOHNSON, David W.; JOHNSON, Roger T.; TJOSVOLD, Dean. *Constructive controversy: The value of intellectual opposition*. In: DEUTSCH, Morton; COLEMAN, Peter T.; MARCUS, Eric C. (orgs.). **The handbook of conflict resolution: Theory and practice**. 3 ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Alburquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. N. 58, novembro, 2000, p. 183-202

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio Arantes Leite; Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NODARI, Paulo César. A doutrina das idéias em Platão. **Revista Síntese**. Belo Horizonte, v. 31, n. 101, 2004, p. 359-374.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. RODEGHERI, Letícia Bodanese. Do eleitor offline ao cibercidadão online: potencialidades de participação popular na Internet. **Revista Jurídica da**

Presidência. Brasília, v. 15, n. 107, out. 2013/jan. 2014, p. 797-822.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Idealismo e falibilidade na concepção da democracia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** - PUC Minas, v. 18, n. 36 (2015), p. 25-54.

PARMÊNIDES. As duas vias. In: MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. V. 1. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1974.

SOARES, Márcio. **Construção e crítica da Teoria das Idéias na filosofia de Platão**: dos diálogos intermediários à primeira parte do *Parmênides*. Tese. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Porto Alegre: março de 2010.

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008.

SINAIS DE ALERTA À DEMOCRACIA: A CAPTURA DE CORTES POR REGIMES AUTORITÁRIOS

Bruno Meneses Lorenzetto

Fernando William de Melo

INTRODUÇÃO

Observa-se no início do século XXI a formação de um novo padrão no que diz respeito às formas de investida contra a democracia, em especial, a partir do controle e dominação das Cortes superiores, que tendem a ocupar o lugar de órgão máximo Judiciário, de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. O novo padrão se apresenta como sutis sinais de fragilização da democracia, com caráter de legalidade e legitimidade, mas que são capazes de subvertê-la, como se percebe em episódios de alguns países latinos e europeus, instaurando-se regimes autoritários com o afastamento da Constituição ou a desproteção de direitos fundamentais.

No caso do Brasil, as constantes críticas e ameaças dirigidas pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, às instituições democráticas, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, soam um alarme à democracia: percebe-se a emergência de um espírito autoritário em busca de uma conformação ideológica, política e jurídica no Estado e na sociedade civil, que se distancia dos preceitos inscritos na Constituição Federal brasileira.

Para uma autoridade política usar e gozar do poder do Estado para além dos limites constitucionais e legais, sem sofrer qualquer coação, é necessário que o emparelhamento se dê tanto na formação da coalizão governamental, com o domínio do Legislativo, mas também no Poder Judiciário, órgão aplicador e protetor do ordenamento jurídico, especialmente dos direitos fundamentais. Por isso, o objetivo dessa investigação é analisar as tentativas de investida sinalizada do Presidente, cujo incremento de fragilização da democracia se vê, nos ataques frontais ao Judiciário, na promessa de escolha, com base em critérios duvidosos¹ dos ministros do Supremo Tribunal Federal e, também, na proposta de redefinição da composição do Supremo Tribunal Federal² para que consiga cooptar todas as instâncias públicas de poder e não ter que conviver com perspectivas ideológicas diversas das que ele mesmo defende. Esta é uma característica importante, pois a motivação que se apresenta está conectada com a despotencialização da democracia e com o padrão de corrosão das instituições democráticas, diante da impossibilidade da realização de um golpe de Estado nos moldes dos experienciados no século XX.

A pesquisa desenvolvida por meio de análise bibliográfica busca evidenciar a importância do papel do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal no Brasil, no

¹ RODRIGUES, Mateus. Bolsonaro diz que pode indicar Aras para o STF 'se aparecer uma terceira vaga'. 2020. **G1**, Brasília, 28 mai. 2020, Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/bolsonaro-diz-que-pode-indicar-aras-para-o-stf-se-aparecer-uma-terceira-vaga.ghtml>. Acesso em 25 ago. 2020.

² RODAS, Sérgio. Sem responsabilização: Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>. Acesso em: 05 set. 2020.

regime constitucional democrático e como as Cortes vêm sendo coagidas ou obstadas em algumas democracias recentes, para, por conseguinte, analisar se a conduta de interferência ou ataque ao Supremo Tribunal Federal configuram alerta à ameaça de processo de subversão da democracia.

O PODER JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO INDISPENSÁVEL À DEMOCRACIA EM UM ESTADO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

Conforme define Peter Häberle, os tribunais constitucionais detêm a função de garantir a Constituição e o processo permanente de atualização do seu contrato social, do consenso estabelecido na sociedade, sendo corresponsável na direção de seu processo contínuo, e vinculado ao princípio do pluralismo³.

O papel do Poder Judiciário revela sua importância no processo de liberalização do Estado, ao reduzir o exercício de poder político despótico⁴, atuando, na separação de poderes, conforme explica Paulo Schier, como um mecanismo de

³ HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Poder Político. **Revista de Estudios Políticos**, n. 125, jul./set. 2004, p. 09-37. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=282&IDA=17567>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁴ ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *In: Novos estudos CEBRAP*, n.º 54, p. 27-41, jul. 1999. Disponível em: http://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%2C%20A-9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%2C%20A1bio_Judici%2C%20A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em 29 jun. 2020.

limitação⁵ e racionalização do poder⁶. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, deve deferência ao constitucionalismo e é protetor dos direitos fundamentais⁷ sendo que, por isso, não deve sucumbir ante as opiniões públicas ou mesmo aos populismos ou moralismos eventuais⁸. O papel potencial de uma corte constitucional em democracias de terceira onda é cristalino: essas cortes podem preencher as lacunas de legitimidade e limitação em uma democracia

⁵ As limitações do poder político pode ser sintetizado em três formas: por não ser o Estado integrado com todo o poder, há uma parcela reservada dele para pronto exercício pelo indivíduo, permanecendo nele porquanto essencial à sua dignidade e à realização dos seus fins pessoais, buscados ao seu livre arbítrio, conforme sua autonomia e vontade; há possibilidade de o sujeito reagir a atos do poder estatal, controlando o poder atribuído, para que este não atente contra os fins que justificam sua existência; há limitação do poder pelo próprio poder, quando da divisão das suas funções (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1059).

⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional** – Anotações Nucleares, 1ª ed., 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

⁷ Cabe observar, nesse ponto, a importância de orientação dogmática acerca do controle de constitucionalidade em níveis forte e fraco: nem sempre o Judiciário será ativista, ou, nem sempre, deferente para com o legislador. Conforme instruem Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, o Judiciário atuará, conforme o caso e com fundamentos na Constituição Federal, entre a auto-contenção e o controle mais forte (ativismo) para proteção de uma ou outra situação, respeitando postulados da democracia. Conforme os autores, há momentos em que se exige, por se tratar de verdadeiras condições para exercício da democracia, controle forte de constitucionalidade, como, por exemplo, casos que envolvem a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a defesa de minorias contra a discriminação, a garantia do mínimo existencial, entre outros. Por outro lado, há momentos em que se impõe uma postura de deferência à decisão do legislador, como casos em que envolvam interpretação de cláusulas constitucionais abertas, desafiadoras de diferentes e razoáveis concepções no pluralismo moral hodierno, que passaram por uma rodada argumentativa deliberativa no âmbito de um processo público (legislativo-executivo). (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, p. 409-471, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0409_0471.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021)

⁸ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.9732/rbep.v117i0.594>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/594>. Acesso em 05 set. 2020.

emergente que não podem ser resolvidas de outra maneira por outras entidades na sua estrutura política. Como observa Samuel Issacharoff, o tribunal constitucional, embora não possua um mandato democrático no sentido eleitoral do termo, emerge como o guardião de uma ordem constitucional popularmente concebida, que deve restringir as aspirações momentâneas de eventuais maiorias populares, inclusive as expressas por emendas constitucionais⁹.

Mártin Haeblerlin e João Forster denotam importante abordagem ideológica a que está adstrita a Constituição. Afirmam os autores que são a Constituição e a ideologia inseparáveis, de modo que aquela se encontra imersa em ideologias, que pode ser conceituada como compreensão de correntes de pensamento à abstração de intenções políticas e morais no sentido da ação (ideologia fraca)¹⁰, ou como aquela que representa uma ilusão no tecido social, impregnando escudos de interesses com objetivo de dominação de espaço e em defesa de interesses particulares (ideologia forte)¹¹. Sendo a Constituição ato de vontade,

⁹ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 149.

¹⁰ HAEBERLIN, Mártin Perius; FORSTER, João Paulo Kulczynski. Participação política e usurpações políticas: o enfraquecimento dos direitos humanos por suas abordagens ideológicas. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 151-167, mai./ago. 2020. DOI: 0.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i21413. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1413>. Acesso em: 09 set. 2020. Citando Marilena Chauí (1984, p. 31), os autores expressam que ideologia é – após ênfase dada na exclusão do que não significa ideologia, como subjetividades, preconceitos ou ideias falsas – “uma certa forma de produção de ideias pela sociedade, ou melhor, por certas formas históricas de relações sociais” (p. 157).

¹¹ Nesse ponto, trazem os autores as contribuições de Antonio Severino (Educação, Ideologia e Contra-ideologia, 1986, p. 09) e Paulo Freire (Pedagogia da Autonomia: saberesnecessários à prática educativa, 2002, p. 142), afirmando que, dentro da concepção exposta forte de ideologia, aquele a vê como “o uso da atividade pensante como recurso de domínio”, e este a descreve como “a capacidade de colocar

imersa no seu estágio político, tem por dever a formação e sobrelevação de um consenso, onde as ideologias, forte e fraca, estão presentes. Operado, pois, o consenso, forma-se um limite no qual nenhuma ideologia pode apresentar seus compromissos no sentido da negação do cumprimento das vontades constitucionais, com a alternativa apenas no sentido do acesso ao poder constituinte originário e a produção de uma nova Constituição, posto que a Constituição adstringe e procura abarcar a voz de todas as razões em uma “república das razões”¹², o que faz emergir o “dilema de Madison”, que consiste na conciliação do autogoverno da maioria e dos limites da maioria contra a minoria¹³. Não se ignora, com isso, tanto a dimensão hermenêutica como os debates a respeito da reconstrução interpretativa potencial dos sentidos da Constituição ao longo de diferentes gerações e que a importância está na tensão constitutiva entre constitucionalismo e democracia¹⁴.

Então é que, por se organizar o sistema jurídico por meio de sua Lei Fundamental, deve-se buscar preservar sua estrutura, competência e autoridade, onde, na “república das razões”, as Cortes podem ocupar o papel de realizar a repre-

uma penumbra na realidade, de me deixar míope, surdo à ideologia torna muitos de nós dóceis em aceitar um discurso neoliberal cinicamente fatalista que proclama o desemprego no mundo como uma desgraça do final do século” (HAEBERLIN; FORSTER, p. 157-158).

¹² Ibid., p. 158.

¹³ Segundo os autores: “Obviously, that astringency uniting plural ends in the north of a Constitution is not perfect for everyone. A central problem begins here, the so-called ‘Madison dilemma’, which consists of reconciling two antagonistic principles: self-government, referring to the right given to majorities to govern, justified by the fact of being a majority; and the restrictions of majority powers against minorities” (Ibid., p. 159).

¹⁴ LORENZETTO, Bruno. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

sentação argumentativa dos direitos dos cidadãos enquanto guardiãs da Constituição¹⁵.

Como expõe Marcos Maliska, não faltam experiências a perceber que se sobrepõem à racionalidade da Constituição a força dos fatos, e, no Brasil, o temor não é distinto: a incerteza quanto ao cenário político tem como substrato os discursos agressivos contra os valores positivados no texto constitucional e contra os direitos humanos, afastando-se do consenso constituinte de 1988¹⁶, são sinais que contribuem para aumentar o sinal de alerta à democracia.

O Estado é fundado sob dois principais princípios que fogem à deliberação política tendente à supressão ou à mitigação: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Estes são fundamentos constitucionais que devem orientar a atuação estatal materialmente em seus atos, e não podem ser esvaziados de força normativa, por meio de procedimentos constitucionais e legais, conforme o livre arbítrio dos poderes constituídos¹⁷, em especial, do Poder Executivo. São, assim, conquistas substantivas que procuram afastar as ideologias de dominação, de penumbra ou ilusão (em sentido forte), porquanto o exercício do poder que se desempenha em prol de interesses egotópicos¹⁸ tem como efeito o esvaziamento

¹⁵ HAEBERLIN; FORSTER, p. 159.

¹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. Dignidade humana e pluralismo constitucional. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 373-389, jun. 2018.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Conforme Haerberlin e Forster (op. cit., p. 61) em um contexto de colisão de direitos fundamentais, uma verdadeira contingência de sociedades plurais no contexto de uma “trama aberta” dos princípios possibilita a reivindicação de diversas interpretações possíveis, a abrir espaço a outro problema moral: o desvio de interpretações normativas, onde indivíduos e grupos irracionais, com o objetivo de tornar a “trama aberta” constitucional na realização de suas vontades, relativizam alguns princípios.

do consenso plural, perdendo até mesmo o sentido de existir a Constituição¹⁹.

Por força dos fundamentos e princípios constitucionais é que, afirma Luís Roberto Barroso, cabem aos tribunais constitucionais a missão institucional de concretizar e defender a Constituição, fazendo-a prevalecer ante as ameaças produzidas pelos outros Poderes, até mesmo por particulares. No caso do Brasil, assim como em outros países que possuem democracias recentes, percebe-se que, apesar da oportunidade aberta com a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, acabou por ser mantida a tradição de se conferir amplos poderes ao Executivo²⁰.

Com um desenho institucional em que o Legislativo pode ser cooptado com relativa facilidade, e sob o qual pesa o reiterado questionamento a respeito da adequação de sua representatividade²¹, percebeu-se uma progressiva ascensão

Assim expõe os autores o conceito do egotópico, afirmando que egotopia se refere a um “lugar” (*topos*) onde o indivíduo deseja encontrar somente a si mesmo (*ego*), por conseguinte, o “lugar de mim mesmo”. Segundo os autores, a egotopia é “a tentativa constante de estender o ‘lugar de mim’ a todos os espaços possíveis, públicos e privados, em um movimento que negligencia o espaço dos outros”, negligenciando a leitura da Constituição com o todo social (a olhar o espelho das próprias demandas).

¹⁹ HAEBERLIN; FORSTER, op. cit., p. 159.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806. Nesse ponto, no entanto, importante observar que, conquanto o autor defenda relevante papel à Corte Constitucional, especialmente sua legitimidade argumentativa em defesa do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais, a atuação do Judiciário não pode ter esse viés discricionário (e arbitrário) “iluminista” como defende Barroso. Tal pretensão permite a expressão de um ativismo judicial que sugere poder escapar das razões de uma democracia deliberativa, da controlabilidade das decisões, da justiça e do próprio “contrato social” – ainda que pretensamente com boas intenções.

²¹ Ibid. Nesse ponto, no entanto, importante observar que, conquanto o autor defenda relevante papel à Corte Constitucional, especialmente sua legitimidade argumentativa em defesa do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais, a atuação do Judiciário não pode ter esse viés discricionário (e arbitrário) “iluminista”

do Judiciário como alternativa deliberativa, a qual é utilizada pelos próprios poderes, inclusive para desoneração de decisões de elevado custo político ou mesmo como forma de promover mais uma rodada deliberativa para temáticas de alta política envoltas em grande controvérsia, o que pode ser constatado em especial com a expressiva judicialização de temáticas políticas nas últimas décadas.

Por isso, a organização do panorama institucional brasileiro não parece desviar do modelo projetado na Constituição, pois este envolvia a necessidade da formação de uma coalizão política, adotava o hiperpresidencialismo e apostava no Judiciário como um “ator com poder de veto”²². Contudo, está neste modelo a origem da tensão entre os Poderes e a resposta a esta tensão como um incômodo do Executivo, por sua maior dificuldade de cooptação. Por esta razão, não causa espanto o fato de que o Judiciário venha a ser o alvo de atenção do Presidente para a promoção de sua agenda desagregadora, negacionista e autoritária que é fundada na estrutura do hiperpresidencialismo legado pelo constituinte que forneceu para o Executivo fortes capacidades institucionais, em oposição a um desacreditado Legislativo²³ e um Judiciário que acaba por prefigurar como

como defende Barroso. Tal pretensão permite a expressão de um ativismo judicial que sugere poder escapar das razões de uma democracia deliberativa, da controlabilidade das decisões, da justiça e do próprio “contrato social” – ainda que pretensamente com boas intenções.

²² TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista eletrônica direitos fundamentais e democracia**, vol. 20, n^o 20, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959>. Acesso em: 05 set. 2020.

último recurso para a guarda da Constituição em tempos de erosão da democracia.

Destaca-se, assim, a importância do poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal que, no Estado democrático Constitucional, deve ser entendida e defendida, posto que é instituição que cumpre papel essencial contra os arroubos, investidas e desvirtuamentos advindos dos outros poderes, sob procedimentos que se apresentam como constitucionais em sentido formal (veiculados por meio das prerrogativas institucionais dos poderes Executivo e Legislativo), mas que são conduzidos em oposição à substância da Constituição Federal brasileira.

SINAIS DE ALERTA À DEMOCRACIA: A CAPTURA DOS JUÍZES DAS CORTES E EXPERIÊNCIAS DE AUTORITARISMO

A fragilização e interferência no Poder Judiciário é uma forma de manifestação da degradação incremental das estruturas e da substância da democracia constitucional liberal, no contexto da decadência democrática exposta por Tom Daly²⁴. Trata-se de um esvaziamento sutil, realizado passo a passo, das instituições democráticas – imprensa, ONG's, partidos políticos e, principalmente, o poder judiciário – e perceptível no exercício do poder político, que inclui a fé pública na regra democrática e a disposição dos atores políticos de seguir as regras do jogo. É um contexto político-jurídico que pode ser percebido pelos juristas, quanto à conformação

²⁴ DALY, Tom Gerald. Populism, Élitism and Democratic Decay in Brazil. *In: International Society of Public Law (ICON-S)*, Panel Populist Challenges to Liberal Constitutionalism II, 26 a 28 jun. 2018, University of Hong Kong, Hong Kong, 2018.

das estruturas, e pelos cientistas políticos e sociais, quanto à substância do regime, a despeito da significativa sobreposição de uma e outra²⁵.

Em diversos Estados os governos de tendência autoritária, mesmo que eleitos conforme o sistema eleitoral democrático, têm tentado constantemente esvaziar as estruturas democráticas, como os tribunais, e se manter, por longo período, no exercício do poder político²⁶.

Na mesma perspectiva do equilíbrio democrático, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt explicam que o regime não é sustentável quando ausentes duas importantes normas informais: o respeito mútuo e a contenção das prerrogativas institucionais²⁷. A ofensa a essas normas básicas em um Estado democrático constitucional pode permitir que o ódio sectário subverta o sistema de freios e contrapesos sob duas formas: em um governo dividido, a oposição se valendo do legislativo ou do judiciário, avança nas prerrogativas institucionais, como o bloqueio de atuação do presidente e do governo (financiamento, indicações ao judiciário, *impeachment*) – nos dizeres dos autores, “os cães de guarda legislativos e judiciários se tornam cães de ataque sectários”; já em um governo unificado, onde aquelas instituições (poderes legislativo e judiciário) estão favoráveis ao presidente, elas não são usadas como armas, mas como instrumento de abdicação, a priorizar a proteção do presidente “à realização de seus deveres constitucionais”, permitindo impunidade de

²⁵ DALY, op. cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Editora Zahar, 2018.

comportamentos abusivos, autoritários e ilegais, facilitando, por conseguinte, governos autoritários – os cães de guarda se tornam “cachorrinho[s] de estimação”²⁸.

As democracias, incluída a brasileira, não se articulam sempre com base em consensos, tampouco devem assim o ser²⁹. Precisam ser governadas com negociações, concessões e compromissos, e não só por ordens ou sem “derrotas”, de forma que os “sucessos”, de qualquer lado, **são** sempre parciais, a que se deve sempre deferência³⁰. De igual forma, no Brasil, adota-se um modelo impositivo institucional de coalizões que conduz as altercações e fragmentações nos âmbitos social, político e econômico no aspecto de relações entre poderes em tensão³¹. Logo, as iniciativas do presidente podem não passar no Congresso ou ter sua invalidade declarada pelos Tribunais, e isso, para a perspectiva democrática, faz parte do jogo, embora haja compreensível frustração. Entretanto, para alguns políticos, ter seus projetos barrados acaba por ser encarado como frustrante de uma maneira insuportável³², e não dentro das “regras do jogo” democrático.

Conforme algumas experiências históricas do século XX demonstraram, a democracia foi ceifada de uma vez só, como no caso dos golpes militares na América Latina. Tal momento parece ter ficado no passado, de maneira que a destruição da democracia passou a ocorrer de maneira gradual, em pequenos passos, que se apresentam como

²⁸ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

²⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: contexto, formação e elementos na democracia brasileira. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 17.

³⁰ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

³¹ SCHIER, op. cit., 2016, p. 271.

³² LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

insignificantes, e considerados de maneira individual **não** são capazes de ameaçar a democracia. Tais **ações erosivas** encontram aprovação do Congresso ou são confirmadas como constitucionais pelas Cortes. Muitas são fundamentadas em pautas do bem comum, como a luta contra corrupção e o aumento da segurança nacional³³.

O processo de subversão muitas vezes se inicia com palavras providas dos governantes, em ofensa clara ao respeito mútuo. Hugo Chávez, na Venezuela, antes e depois da eleição atacara seus adversários, tachando-os de “porcos rançosos” e “oligarcas esqueléticos”, “inimigos” e “traidores”³⁴, assim como Alberto Fujimori (no Peru) que os ligou com o tráfico de drogas e ao terrorismo³⁵. Na Itália, Silvio Berlusconi atacou juízes que decidiam de modo contrário aos seus interesses, chamando-os de comunistas³⁶. Jornalistas também são alvos em potencial. E, pior, se o público adota essas mentiras, espalhando-as e aceitando-as, fica mais fácil legitimar ações para neutralizar e enfraquecer a atividade de imprensa³⁷.

Ainda, Levitsky e Ziblatt constatam o quanto é bom para os autoritários terem árbitros aos seus lados. Estados modernos democráticos têm diversas instituições e agências investigativas e punitivas, como o poder Judiciário, com seus órgãos de imposição da lei, as agências reguladoras, o sistema

³³ Ibid.

³⁴ CAMERON, Maxwell A. **Democracia en la región andina**: diversidad y desafíos. Lima: IEP – Instituto de Estudios Peruanos, 2010, p. 47-48; LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

³⁵ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

³⁶ PULLELLA, Philip. Silvio Berlusconi Says Communist Judges Out to Destroy Him, **Reuters**, 28 out 2009, World News. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-italy-berlusconi/silvio-berlusconi-says-communist-judges-out-to-destroy-him-idUSTRE59R1JX20091028>. Acesso em 30 ago. 2020.

³⁷ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

tributário e os serviços de inteligência. Se independentes, tais instituições podem denunciar abusos, porém, se controladas por partidários, elas podem servir aos interesses do potencial ditador. O presidente, com apoio de instituições como essas, pode fazer o que bem lhe aprouver sem qualquer punição³⁸.

Algumas experiências históricas, citadas nos estudos de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, permitem dimensionar como as Cortes Constitucionais foram utilizadas como instrumento para subversão da ordem constitucional e democrática no continente latino-americano (como Argentina, Peru e Venezuela), e que se vê, mais recentemente, em democracias do continente europeu, como Hungria e Polônia (que serão abordados adiante).

Primeiro, percebe-se que o Judiciário, emparelhado ou conformado às vontades do presidente, pode ser utilizado como instrumento que não somente atente contra a separação dos poderes³⁹, mas, e sobretudo, contra o próprio

³⁸ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit. No caso do Brasil, veja-se o episódio da edição da Medida Provisória 893/2019 que foi convertida na Lei 13.947/2020. A Medida Provisória propôs a alteração do nome do COAF (Conselho de Controle de Atividade Financeira) para UIF (Unidade de Inteligência Financeira) e a sua transferência do Ministério da Economia para o Banco Central. O Legislativo não acatou a mudança do nome, mas aceitou a nova vinculação administrativa ao Banco Central. O contexto político da edição da Medida Provisória 893/2019 foi noticiado como decorrente da insatisfação pessoal do Presidente com a atuação do COAF, em razão de investigações feitas por este de um suposto esquema de lavagem de dinheiro realizado por Fabrício Queiroz.

³⁹ Conforme o jornal colombiano El Tiempo, a corte chavista decidiu contra o Congresso 24 vezes em seis meses, obstando a aplicação de todas as leis que ele havia aprovado e deixando suas decisões sem efeito (PEÑALOZA, Pedro Pablo. Radiografía de los chavistas que controlan el TSJ en Venezuela: En 7 meses, jueces del Supremo han bloqueado a la oposición con 24 sentencias contra la Asamblea, **El Tiempo**, 29 ago. 2016, Internacional, Latinoamérica. Disponível em: <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/perfil-de-los-jueces-del-tribunal-supremo-de-justicia-de-venezuela-44143>. Acesso em: 01 set. 2020)

regime constitucional democrático^{40,41}. Ainda, governos que não consigam afastar magistrados independentes, podem empreender alterações na composição da Corte⁴², que são formas indiretas de conseguir aquilo que desejam, sem a violência simbólica da destituição de ministros das Cortes.

⁴⁰ Como se pode memorar da Argentina peronista, com o afastamento dos juízes da Suprema Corte.

Ver mais em: TANZI, Héctor José. Historia ideológica de la corte suprema de justicia de la nación (1930-1947). *Iushistoria* [online], Buenos Aires, n. 1, 2. ed., cor., mar. 2005. Disponível em: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/viewFile/1648/2081>. Acesso em: 02 fev. 2021; HELMKE, Gretchen. Judges, generals, and presidents: institutional insecurity on the argentine supreme court, 1976-1999. In: _____. **Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 61-97. Doi:10.1017/CBO9780511510144.005.

Já no Peru fujimorista, o autogolpe, com “acolhida popular”, fechou os tribunais e suspendeu o Congresso. Sobre, ver: SCHMIDT, Gregory. Presidential Usurpation or Congressional Preference? The Evolution of Executive Decree Authority in Peru. In: CAREY, John M.; SHUGART, Matthew S. (orgs.), **Executive Decree Authority**, Nova York: Cambridge University Press, 1998, p. 104-141; MAINWARING, Scott; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Democracies and Dictatorships in Latin America**: Emergence, Survival, and Fall. New York: Cambridge University Press, 2013; STOKES, Susan C. **Mandates and Democracy**: neoliberalism by surprise in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press; LEVITSKY, Steve; CAMERON, Maxwell A. Democracy without Parties? Political Parties and Regime Collapse in Fujimori’s Peru. In: **Congress of the Latin American Studies Association**. Washington, 6-8 set. 2001; CARRIÓN, Julio. **La Campaña Electoral y la Opinión Pública en el Perú Actual**. paper presented at the Congress of the Latin American Studies Association in Miami, Florida, 2000, 16 a 18 mar. 2000.

⁴¹ De se destacar, também, o ocorrido na Venezuela chavista: após o uso, o abuso de uso e o desuso da lei ao arbítrio do executivo, a configurar um legalismo autocrático, Hugo Chávez convocou uma assembleia constituinte e declarou-a originária, contrariando a decisão da Suprema Corte (que, ameaçada, posteriormente validou seus atos). A Suprema Corte venezuelana, no entanto, foi dissolvida, sendo criado posteriormente o Tribunal Supremo de Justiça, com posterior acréscimo de membros correligionários. Mais, ver em: CORRALES, Javier; PENFOLD, Michael. **Dragon in the Tropics**: Hugo Chávez and the Political Economy of Revolution in Venezuela. Washington: The Brookings Institution Press, 2011; CORRALES, Javier. Autocratic Legalism in Venezuela, *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, abr 2015, p. 37-51. DOI: 10.1353/jod.2015.0031. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/578606>. Acesso em 02 fev. 2021. MEZA, Alfredo. El chavismo nunca pierde en el Supremo venezolano, *El País*, Caracas, 12 dez 2014, Internacional. Disponível em: https://el-pais.com/internacional/2014/12/12/actualidad/1418373177_159073.html. Acesso em 02 fev. 2021.

⁴² LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

Afirmam Bojan Bugarič e Tom Ginsburg que os alvos principais dos regimes iliberais na Europa Central e Oriental são os tribunais constitucionais e os governos populistas na Hungria e na Polônia identificaram os tribunais constitucionais como empecilhos aos seus planos⁴³. Na Hungria, entre 2010 e 2015, o governo do Fidesz reconfigurou drasticamente a ordem constitucional e política húngara, arruinando de forma sistemática o sistema de freios e contrapesos, por meio de diversas emendas constitucionais⁴⁴.

Kim Scheppele expõe que durante os primeiros três anos do governo Fidesz, as mudanças constitucionais foram complexas, detalhadas e distribuídas por uma nova Constituição, trazendo quatro grandes emendas constitucionais, dezenas de leis “cardinais” (supermaioria) e muitas leis ordinárias, tudo aprovado em um “borrão legislativo gigante”, às vezes no meio da noite⁴⁵.

O governo do primeiro-ministro Viktor Orbán e seu partido Fidesz alterou as regras para nomeação de juízes da Corte Constitucional, com elevação da composição do Tribunal, o que permitiu que seu partido (Fidesz) pudesse indicar sozinho novos juízes partidários, que votaram quase sempre favorável ao governo Fidesz, sendo que alguns novos juízes

⁴³ BUGARIC, Bojan; GINSBURG, Tom. The Assault on Postcommunist Courts. **Journal of Democracy**, v. 27, n. 3, jul 2016, p. 69-82. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/623608>. Acesso em: 01 set. 2020. (tradução nossa)

⁴⁴ Ibid., p.73 (tradução nossa).

⁴⁵ SCHEPPELE, Kim Lane. Understanding Hungary’s Constitutional Revolution. In BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (Eds.). **Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania**, London: Hart/Beck 2015, p. 111–124. Doi: <http://dx.doi.org/10.5040/9781474202176.ch-003>. p. 113.

votavam favoravelmente ao governo sem ao mínimo exhibir motivos⁴⁶.

Esse dismantelamento por meio de emendas culminou em uma nova Constituição em 2012, a tornar o Tribunal Constitucional funcionalmente impotente. Primeiro, o governo alterou as regras de nomeação de magistrados para o Tribunal Constitucional, de forma que o Fidesz pudesse se favorecer de sua maioria de dois terços para indicar seus próprios candidatos. Após, foi restringida a jurisdição da Corte sobre matérias fiscais. E, ainda, elevou-se a composição do Tribunal de oito para quinze juízes, preenchendo as novas vagas com correligionários do Fidesz “escolhidos a dedo”⁴⁷.

O golpe mais rígido à Corte foi, todavia, a Quarta Emenda à Constituição de 2012, que revogou todas as decisões do Tribunal Constitucional realizadas anteriormente a 1º de janeiro do mesmo ano, quando ascendeu a nova Constituição, impossibilitando a invocação dos precedentes do próprio Tribunal nos novos julgamentos. Essa Emenda também proibiu a Corte de revisar as emendas constitucionais quanto a conflitos substantivos com os princípios constitucionais, limitou sua competência tão só à revisão da validade no aspecto processual das novas emendas⁴⁸.

Scheppele dimensiona o problema com os seguintes exemplos: se a Constituição diz que qualquer um pode expressar livremente sua opinião, mas uma nova emenda diz que ninguém pode difamar a nação húngara (disposição nova

⁴⁶ SCHEPPELE, op. cit., p. 115.

⁴⁷ BUGARIC; GINSBURG, op. cit., p.73 (tradução nossa).

⁴⁸ BUGARIC; GINSBURG, ibid., p. 73 (tradução nossa).

que foi adicionada à Constituição com a Quarta Emenda), não há nada que o Tribunal possa fazer; ou se a Constituição promete liberdade de religião, mas uma emenda constitucional exige uma votação parlamentar de dois terços antes que uma igreja seja oficialmente reconhecida (outra disposição que também foi adicionada à Constituição com a Quarta Emenda), o Tribunal está obstado de fazer algo a respeito⁴⁹.

Outro golpe contra a independência do judiciário perpetrado por meio da “Constituição do Fidesz” foi o de reduzir a idade de aposentadoria dos juízes imediatamente de 70 para 62 anos, removendo assim os 10% mais graduados do judiciário, incluindo 20% dos juízes da Suprema Corte e mais da metade dos presidentes dos tribunais de apelação, conseguindo, em um único ano substituir grande parte da liderança do judiciário⁵⁰.

Segundo Joanna Fomina e Jacek Kucharczyk, na Polônia, a ascensão ao poder do partido Lei e Justiça (“Law and Justice party”, ou simplesmente “PiS”), em maio de 2015, com uma vitória em segundo turno, e a garantia de maioria parlamentar cinco meses após, trouxe preocupação ao regime democrático. A partir disso, o governo do Lei e Justiça procurou impor sua vontade de forma majoritária, com afrontas à Corte Superior, à promotoria e à imprensa, com vistas a arruinar as formas de controles existentes, a não prestar contas à oposição e ao público em geral⁵¹.

⁴⁹ SCHEPPELE, op. cit., p. 117.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ FOMINA, Joanna; KUCHARCZYK, Jacek. The Specter Haunting Europe: Populism and Protest in Poland. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 4, out. 2016, p. 58-68. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0062>. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/633752>. Acesso em 02 set. 2020.

Alexander Cooley explica que o partido governante da Polônia definia “o povo” de maneira restrita, criando intensos contrastes retóricos entre os cidadãos poloneses que são “verdadeiros” e os que pertencem “à pior espécie”, com o objetivo de, numa espécie de populismo autoritário, destruir a universalidade da democracia e mitigar as normas democráticas liberais, ao apresentar discursos de soberania e segurança do Estado e de resgate de valores tradicionais⁵².

Segundo Bugarič e Ginsburg, o governo do Partido Lei e Justiça havia sido obstaculizado previamente em suas iniciativas pela Corte Constitucional, nos anos de 2005 a 2007. Em 2015, quando o partido voltou ao poder, havia duas vagas (de quinze) para nomeação do então governo, e havia mais três vagas para serem preenchidas por juízes já escolhidos pelo Congresso no governo anterior, que dependia apenas de prestarem o juramento. Entretanto, o novo Governo se recusou a receber o juramento de tais juízes, e ele mesmo impôs cinco novos, e, em tempo, aprovou, com margem de aceitação, uma emenda à Lei do Tribunal Constitucional, conhecida como a Lei de Reparação.

A emenda reorganizou o tribunal de quinze juízes com a exigência de maioria de dois terços para que qualquer decisão seja vinculante e com a elevação do quórum para conhecimento de um processo na Corte, de nove para treze juízes. Considerando que só há doze juízes no Tribunal, as novas normas impedem que este invalide a legislação apoiada

⁵² COOLEY Alexander. Countering Democratic Norms. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; WALKER, Christopher [eds.], **Authoritarianism Goes Global: The Challenge to Democracy**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2016, p. 117-134. (tradução nossa)

pelo partido governante. E, também, a emenda à Lei exigiu que os casos permaneçam em tramitação por pelo menos seis meses antes de serem decididos, em clara afronta à operabilidade da Corte. A lei, ainda, deu à câmara baixa do parlamento (o Sejm) o poder de pôr termo ao mandato de um juiz, intervindo frontalmente na independência do judiciário⁵³.

Em março de 2016, o Tribunal Constitucional polonês julgou a emenda à lei inconstitucional⁵⁴, no entanto, o governo declarou que ignoraria a decisão da Corte, arrastando a crise entre os poderes⁵⁵.

Visualiza-se que, em cada caso, como bem explicam Levitsky e Ziblatt, “os árbitros do jogo democrático” foram colocados ao lado do governo, para blindar o governante contra questionamentos constitucionais, bem como tornaram-se instrumento de ataque contra os oponentes. Percebe-se com isso que, com os árbitros [juízes] sob seu domínio, autocratas podem passar a atacar os seus oponentes com mais liberdade. A maior parte das autocracias não extinguiu todos os aspectos de divergência, como ocorreu na Itália fascista com Mussolini ou na Cuba comunista com Fidel Castro. Todavia, muitos se esforçaram para assegurar que as figuras opositoras proeminentes, que atuavam contra os

⁵³ BUGARIC; GINSBURG, *ibid.*, p. 73-74 (tradução nossa).

⁵⁴ BERENDT, Joanna. Polish Court Strikes Down Law Limiting Its Powers, Inflaming a Crisis, **The New York Times**, 09 mar. 2016, Europe. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/03/10/world/europe/polish-court-strikes-down-law-limiting-its-powers-inflaming-a-crisis.html>. Acesso em: 01 set. 2020.

⁵⁵ BUGARIC; GINSBURG, *ibid.*, p. 74 (tradução nossa).

interesses do governo, fossem marginalizadas ou impedidas, dentro de um “verniz de legalidade” e constitucionalidade⁵⁶.

Além de cooptar árbitros, afastar oponentes, esses autoritários precisam mudar as regras do jogo. Governos autoritários, a consolidar o poder, frequentemente alteram a Constituição, o sistema eleitoral e outras instituições de forma que embaracem ou enfraqueçam a oposição “invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra os rivais”⁵⁷.

Ademais, as investidas de governos autoritários contra seus oponentes nem sempre são percebidas de imediato. De forma irônica, as democracias morrem sob justificativa falsa de sua defesa, o que passa a legitimar sua própria subversão. De maneira figurativa, pode-se dizer que não se observa mais a interrupção do jogo democrático, como no caso das ditaduras do século XX, mas a alteração lenta e gradual das regras do jogo democrático para a favorecimento do regime

⁵⁶ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit. No governo argentino de Perón, a figura proeminente de oposição Ricardo Balbín foi preso por “desrespeitar” o presidente na corrida eleitoral, sem que tivesse sucesso na Suprema Corte composta aos interesses do presidente (HELMKE, op. cit., , p.64). Já na Malásia, o primeiro-ministro Mahathir Mohamad empregou a força policial politicamente leal e o Judiciário de composição modificada para investigar, prender e condenar Anwar Ibrahim, o principal oponente, por suposta prática de sodomia, nos fins de 90. A condenação de Anwar foi revertida em 2004, um ano depois de Mahathir Mohamad deixar o cargo (SLATER, Dan. Iron Cage in an Iron Fist: Authoritarian Institutions and the Personalization of Power in Malaysia, *Comparative Politics*, v. 36, n. 1, out. 2003, p. 81-101, p. 94-95. DOI: 10.2307/4150161. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4150161>. Acesso em 02 fev. 2021). De igual modo, na Venezuela, o proeminente opositor Leopoldo López foi detido e acusado de incitação à violência, sob a justificativa de que o líder incitou a violência durante os protestos contra o governo no ano de 2014, ainda que de forma subliminar (CORRALES, op. cit., p.44-5; NEUMAN, William. Venezuelan opposition leader Leopoldo López sentenced to prison over protest, *The New York Times*, 10 set 2015, Americas. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/09/11/world/americas/venezuelan-opposition-leader-is-sentenced-to-prison-over-a-protest.html>. Acesso em: 02 fev. 2021).

⁵⁷ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

que, em um primeiro momento, pode até mesmo ter chegado ao poder pelas vias democráticas. Autocratas aspirantes costumam usar crises econômicas, desastres, insurreições e terrorismo como desculpas para medidas que não são democráticas⁵⁸ – e esses sinais, nem sempre explícitos, podem ser percebidos no contexto brasileiro.

BRASIL: SINAIS DE ALERTA QUANTO À CONFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A AMEAÇA AO REGIME CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

No Brasil, percebe-se características análogas aos mesmos fins não liberais-democráticos. O presidente eleito em 2018 Jair Messias Bolsonaro demonstrou, em diversas oportunidades, não coadunar com a atuação do Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos fundamentais bem como com Ministros e com a composição da Corte, o que pode indicar uma tentativa de enfraquecer ou mesmo capturar os ministros do Tribunal para atender interesses do seu governo.

Discordar de decisões do STF é saudável e importante em uma democracia. Um presidente nomear ministros está previsto expressamente na Constituição e não há qualquer irregularidade nisso, contudo, o sinal de alerta fica ativado quando um Presidente da República fala em suas redes sociais de uma “intervenção militar pontual” no Supremo

⁵⁸ Ibid. Tome-se como exemplo o questionamento a respeito da própria integridade do processo eleitoral. No Brasil, apesar de já ter sido refutada a tese de que Jair Bolsonaro teria vencido as eleições de 2018 no primeiro turno, a teoria da conspiração continua a ser manifestada pelo Presidente e seus seguidores. Nos Estados Unidos, Donald Trump questionou os resultados das eleições em que ele mesmo foi o vencedor em 2016 contra Hillary Clinton e repetiu o mesmo discurso em sua derrota para Joe Biden em 2020.

Tribunal Federal⁵⁹, com base em uma interpretação muito pouco democrática do artigo 142 da Constituição Federal.

Conforme denota Maliska, o governo Bolsonaro foi eleito com um discurso moralizante anti-corrupção, fortalecido pela Operação Lava a Jato (que apurava atos de corrupção) conduzida pela Justiça Federal, acrescentando a isso uma agenda econômica (neo)liberal. Bolsonaro se apresentou como um cidadão comum e contrário ao sistema político corrupto, compromissado a combater e punir criminosos e resgatar valores tradicionais nacionalistas e de respeito às famílias⁶⁰. Conforme Caroline Fockink, o discurso da extrema direita de Bolsonaro vem a representar o tipo do político honesto à oposição do restante da classe política que é corrupta, de esquerda ou direita⁶¹. Discurso que, conforme Esther Solano, ganha assentimento de parcela significativa preocupada⁶² da população, implicando no surgimento de

⁵⁹ BENITES, Afonso; JIMÉNEZ, Carla. Bolsonaro invoca “intervenção militar” contra o STF e flerta com golpe. **El País**, 28 mai. 2020, Brasil. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-29/bolsonaro-invoca-intervencao-militar-contra-o-stf-e-flerta-com-golpe.html>. Acesso em: 02 fev. 2021. No mesmo sentido, ver as manifestações de pouco apreço pelo Supremo Tribunal Federal manifestadas pelo filho do Presidente Eduardo Bolsonaro em que afirmou: “Cara, se quiser fechar o STF, sabe o que você faz? Você não mande nem um jipe. Manda um soldado e um cabo. Não é querer desmerecer o soldado e o cabo, não” (HOUS, Débora Sögur; et. al. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de São Paulo**, 21 out. 2018, Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>. Acesso em: 02 fev. 2021).

⁶⁰ MALISKA, Marcos Augusto. 2020. **Populism, Democracy and the Rule of Law in Today’s Brazil**. Artigo não publicado.

⁶¹ FOCKINK, Caroline. Os efeitos negativos da corrupção nas instituições públicas e no regime democrático. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 24, n. 3, p. 181-210, set./dez. 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31331. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1331>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁶² Conforme investigação de Esther Solano, a população brasileira vê um sistema político totalmente corrompido.

^{Se}gundo a pesquisadora “o monopólio da luta contra a corrupção em mãos de grupos

figuras mitológicas e heróis populares⁶³, compromissados a, radicalmente, moralizar o Estado e a sociedade, por meio de sistemas totalitários, nutrindo o discurso de ódio⁶⁴.

Em 2018 Bolsonaro teve a habilidade de mobilizar as paixões e reuniu os ressentimentos na arena política brasileira. Assim, as demandas decorrentes de descontentamentos com a situação política, econômica e moral do país adquiriram uma voz e foram sintetizadas em significados políticos como a luta contra a corrupção, contra o Partido dos Trabalhadores e em defesa dos costumes, sem que um projeto político das atividades futuras tivesse sido proposto e racionalmente debatido. Parecia ser suficiente ser contrário ao “sistema”, ou seja, bastava a mobilização da dimensão destrutiva sem qualquer correspondente normativa articulada. Externou o presidente eleito compromisso com uma “nova política” em detrimento da “política antiga”, dos políticos corruptos. Todavia, como vislumbra Maliska, a designada “velha políti-

populistas, punitivos, moralistas e com interesses políticos, deixou como legado um crescente sentimento antipolítico e a ideia de que política é sinônimo de corrupção e *nenhum político presta*” (grifo da autora), demonstrando ainda que a corrupção foi a maior preocupação dos brasileiros, com índice de 62% dos entrevistados em 2017 (segundo o IBOPE), superando os problemas de saúde e educação, contra 9%, em 2011. (SOLANO, Esther. Crise da Democracia e extremismos de direita. *Análise* n. 42, mai. 2018. Friedrich-Ebert-Stiftung Brasil. São Paulo: FES, 2018. ISBN 978-85-9565-035-0. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14508.pdf>. Acesso em 09 set. 2020). Ver também: CARVALHO, Jailton de; GULLINO, Daniel. Corrupção é principal preocupação para 62% dos brasileiros, mas denúncias podem ser coadjuvantes, O Globo Brasil, 31 dez. 2017, Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/corruptao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432>. Acesso em 09 set. 2020.

⁶³ Como o “herói Moro” (GAZETA BRASIL. Eduardo Bolsonaro: “Moro é herói nacional”, *Gazeta Brasil*, 25 nov. 2019, Política. Disponível em: <https://gazetabrasil.com.br/politica/eduardo-bolsonaro-moro-e-heroi-nacional/>. Acesso em: 05 set. 2020).

⁶⁴ FOCKINK, Caroline, op. cit.

ca” corrupta está inserida no sistema político constitucional brasileiro⁶⁵.

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, afirmou o presidente publicamente que ambicionava realizar o aumento de sua composição, de 11 para 21 ministros⁶⁶, o que, caso viesse a ocorrer, possibilitaria a indicação de 12 novos ministros⁶⁷ que lhe garantiriam a maioria em eventuais novas decisões, com vistas a favorecer os interesses jurídico-ideológicos do Poder Executivo. Tal reconfiguração do STF se assemelharia, caso ocorresse, àquelas realizadas pelos governos autoritários chavista (Venezuela), fujimorista (Peru), do partido Fidesz (Hungria) e do partido Lei e Justiça (Polônia).

Bolsonaro também sinalizou que o Poder Judiciário deveria decidir as causas conforme suas concepções ideológicas, afirmando que o STF deveria ter integrantes como o “herói Moro”⁶⁸ [ex-juiz e ex-ministro da justiça do governo Bolsonaro, Sérgio Fernando Moro]⁶⁹, e, até mesmo, expressou

⁶⁵ MALISKA, **Populism, Democracy and the Rule of Law**..., op. cit., p. 12.

⁶⁶ BERALDO, Paulo. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF. **Terra**, 03 jul. 2018, Eleições. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/eleicoes/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam-proposta,2c11ea19670dadacc2dc953e151d0a3bh6r0jirj.html#:~:text=0%20pr%C3%A9-candidato%20%C3%A0%20Presid%C3%AANCia%20do%20PSL%2C%20Jair%20Bolsonaro%2C,que%20a%20medida%20%C3%A9%20inconstitucional%20e%20difícilmente%20prosperaria.> Acesso em 05 set. 2020; Ver também: BERALDO, Paulo. Bolsonaro quer aumentar número de

^{mi} ministros do STF; juristas criticam proposta. **Estadão**, 03 jul. 2018, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam,70002383890>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁶⁷ 2 indicações possíveis devido à aposentadoria compulsória dos juízes Celso de Mello (2020) e Marco Aurélio (2021) neste mandato presidencial somadas às 10 indicações acaso efetivada tal reforma do Judiciário.

⁶⁸ GAZETA BRASIL. Eduardo Bolsonaro: “Moro é herói nacional”, **Gazeta Brasil**, op. cit.

⁶⁹ RODAS, op. cit. afirmou o presidente, antes das eleições de 2018: “Da minha parte,

que era seu compromisso colocar um juiz “terrivelmente” evangélico⁷⁰, vez que necessário aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para defender a crença cristã⁷¹ e os valores da família⁷², especialmente quanto aos temas de criminalização da homofobia (ADO 26 e MI 4733)⁷³ e dos relacionados ao conceito preconceituoso denominado “ideologia de gênero” (ADPFs 457, 467 e 460)⁷⁴, aos quais o Presidente se opõe, com postura conservadora e contrário às posições progressistas ou mesmo simplesmente racionalistas, manifestadas pelo Supremo Tribunal Federal.

tudo bem. Eu não sei se ele [Moro] aceitaria integrar essa corte. Mas com pessoas do perfil dele, que o próximo presidente poderá indicar apenas dois, a gente muda, com toda a certeza, as decisões do Supremo Tribunal Federal, que, lamentavelmente, tem envergonhado a todos nós nos últimos anos”

⁷⁰ CALDAS, Carlos. Um ministro “terrivelmente evangélico” no STF? **Instituto Humanitas Unisinos**, 06 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591406-um-ministro-terrivelmente-evangelico-no-stf>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁷¹ MARTINS, Thays. Bolsonaro diz que ministro da Justiça pode levar “vaga evangélica” no STF, **Correio Braziliense**, 28 mai. 2020. In: Microsoft News – msn. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/bolsonaro-diz-que-ministro-da-justi%C3%A7a-pode-levar-vaga-evang%C3%A9lica-no-stf/ar-BB14JFP1>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁷² RODRIGUES, op. cit.

⁷³ STF enquadrrou homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, concluído em 13 junho de 2019. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa, **Supremo Tribunal Federal**, 13 jun. 2019, Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 05 set. 2020).

⁷⁴ Leis municipais que vedavam ensino sobre gênero e orientação sexual foram declaradas inconstitucionais pelo STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 457 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 457**, Relator Min. Alexandre de Moraes, unânime, julgamento em 29 abr. 2020), ADPF 467 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 467**, Relator Min. Gilmar Mendes, unânime, julgamento em 29 mai. 2020) e ADPF 460 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 460**, Relator Min. Luiz Fux, unânime, julgamento em 29 jun. 2020).

Sobre a educação sexual infanto-juvenil (designado como “ideologia de gênero”⁷⁵ pelo presidente), a criminalização da homofobia e o direito dos indígenas, quilombolas e minorias religiosas, o Presidente Bolsonaro adotou postura intransigente, ao tratar tais demandas como pedidos de “privilégios” ou de direitos que não coadunam com a vontade da “maioria”, ao afirmar que governaria para esta, e não para as minorias⁷⁶. Isto indica um traço populista de seu discurso, que utiliza da perspectiva apenas agregativa para tratar de tais conceitos e pressupõe a possibilidade de um governo sem mediações institucionais.

Quanto à educação sexual nas escolas, o governo manteve um discurso conservador⁷⁷, lançou como proposta de

⁷⁵ SALDAÑA, Paulo. Saiba como surgiu o termo ‘ideologia de gênero’, **Folha de São Paulo**, 23 out. 2018, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/10/saiba-como-surgiu-o-termo-ideologia-de-genero.shtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁷⁶ Gospel+. O Brasil é um Estado cristão, diz Jair Bolsonaro. **Youtube**. 2017. 1 vídeo (1 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gHnwzEAmgfU>. Acesso em: 05 set. 2020; FADUL, Telmo. “A minoria tem que se curvar”, *O Tempo*, 22 mai. 2011. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/a-minoria-tem-que-se-curvar-1.352269>. Acesso em: 05 set. 2020. Ver também: BORGES, Helena. Grupos de muçulmanos e judeus se unem em nota de repúdio a Bolsonaro, **Época**, 05 out. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/grupos-de-muculmanos-judeus-se-unem-em-nota-de-repudio-bolsonaro-23130093>. Acesso em 05 set. 2020; ISTOÉ. Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias, *Isto é*, 24 set. 2018, Mundo. Disponível em: <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>. Acesso em: 09 set. 2020; RODA Viva | Jair Bolsonaro | 30/07/2018. *Roda Viva*. **Youtube**. 30. Jul. 2018. 1 vídeo (1h21min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IDL59dkeTi0>. Acesso em: 05 set. 2020; JOÃO Luís Silva. Homofobia: Debate no Programa SuperPop com Luisa Marilac e Bolsonaro [...]. João Luís Silva. **Youtube**. 2011. 1 vídeo (13 min.). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=102&v=Ud4gOrREqQA&feature=emb_logo. Acesso em: 05 set. 2020.

⁷⁷ Contrariamente ao que pensa a maioria da população que é favorável à discussão sobre política e educação sexual nas escolas. SALDAÑA, Paulo. Maioria no país defende educação sexual e discussão sobre política nas escolas, **Folha de São Paulo**, 07 jan. 2019, Educação. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/01/maioria-no-pais-defende-educacao-sexual-e-discussao-sobre-politica-nas-escolas.shtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

política pública⁷⁸ o fomento da iniciação sexual não precoce⁷⁹, a designada “abstinência sexual”, o que não apenas se distancia da realidade social de emancipação e conscientização humanas⁸⁰, como é eticamente questionável no sentido da responsabilidade e suas consequências práticas, bem como pode produzir prejuízos nos programas de saúde pública no sentido da importância da orientação sexual de adolescentes, o que permite concluir haver uma redução de

⁷⁸ Política pública governamental que faz, inclusive, desafiar a atuação do Poder Judiciário em face dos desvirtuamentos e os constrangimentos trazidos ao público juvenil no que se refere ao direito à livre e plural educação sexual, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, quiçá, o direito à não imposição de crenças e valores morais tradicionais face à laicidade do Estado. Conforme sustentam as professoras Maas e Leal, “na medida em que haja políticas públicas que transgridam (ou sonéguem) direitos fundamentais, individuais ou sociais, seja em razão de omissão, ineficiência ou desvirtuamento, o Poder Judiciário não poderá se omitir em decidir. LEAL, Mônia Clarissa Henning. MAAS, Rosana Helena. Controle Judicial de Políticas Públicas: “Controle Judicial Forte ou Fraco”? **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 191-215, jan./abr; 2019, p. 198. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i1973>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/973>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁷⁹ FERREIRA, Paula; MARIZ, Renata. Campanha do governo federal pela abstinência sexual começa em fevereiro, **O Globo**, 23 jan. 2020, Sociedade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/campanha-do-governo-federal-pela-abstinencia-sexual-comeca-em-fevereiro-24205628>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁸⁰ O perigo de uma Corte que não obstasse uma proposta desconcertada e não progressista poderia ser extraído do caso Turco, onde o Supremo Tribunal daquele país decidiu que sexo oral e sexo anal eram tidos como “anti-naturais”, impondo, com essa interpretação, aumento de pena a um acusado de produzir material pornográfico que continham cenas desses comportamentos (VEJA. Suprema Corte turca declara sexo oral e anal como ‘antinatural’, **Veja**, 14 jun. 2012, Mundo. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/suprema-corte-turca-declara-sexo-oral-e-anal-como-antinatural/>. Acesso em: 09 set. 2020). De se notar, ainda, que o governo extremamente religioso afastou diversos juízes e promotores, inclusive da Suprema Corte e dos Tribunais militares, que defenderam o Estado laico, expressando ideais e julgamentos contrários ao governo – de sentimento majoritário islâmico (ver LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.; e SAVOLDI Jr., Antenor. Hungria, Turquia, Rússia e Venezuela mostram que o autoritarismo moderno não precisa de golpe militar: Novo autoritarismo prioriza manipulação da informação, controle do Judiciário e silêncio oposição com ataques à imprensa e à academia, **The Intercept Brasil**, 03 jul. 2020, Vozes. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/07/03/hungria-turquia-russia-e-venezuela-mostram-que-o-autoritarismo-moderno-nao-precisa-de-golpe-militar/>. Acesso em: 09 set. 2020).

espaço ao desenvolvimento da dignidade humana no sistema democrático constitucional – o que se faz, conforme expõe Maliska, negando-se o pluralismo, a partir da desproteção das minorias⁸¹.

Há, nas ideias defendidas pelo Presidente, diversas tentativas de negação da heterogeneidade identitária, traduzidas como negação do reconhecimento e das alteridades, manifestadas como uma reivindicação do retorno de formas tradicionais de convivência social⁸² (seja com a defesa da família e dos bons costumes, seja com a desproteção e ridicularização das diferenças⁸³) em clara afronta ao pluralismo constitucional, que vem em descompasso a que Maliska desponta como “abertura para dentro” da Constituição de 1988, abertura constitucional à emancipação e à defesa da sociedade plural⁸⁴. Afronta-se, com a negação da pluralidade (e do campo de desenvolvimento da dignidade humana), o compromisso constitucional da superação da homogeneida-

⁸¹ MALISKA, op. cit., **Dignidade humana e Pluralismo político...**, p. 381.

⁸² Ibid., p. 382.

⁸³ KER, João. ‘Cada vez mais, o índio é um ser humano igual a nós’, diz Jair Bolsonaro: Em transmissão nas redes sociais, presidente disse ainda que o índio ‘mudou’ e ‘tá evoluindo’; entidade afirma que irá processá-lo por crime de racismo, **O Estadão**, 24 já. 2020, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cada-vez-mais-o-indio-e-um-ser-humano-igual-a-nos-diz-jair-bolsonaro,70003171159#:~:text=Durante%20a%20tradicional%20transmiss%C3%A3o%20ao%20vivo%20nas%20redes,%C3%ADndio%20%C3%A9%20um%20ser%20humano%20igual%20a%20n%C3%B3s%E2%80%9D>. Acesso em: 09 set. 2020; CONGRESSO EM FOCO. Bolsonaro: “Quilombola não serve nem para procriar”, **Congresso em Foco**, 05 abr. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>. Acesso em: 09 set. 2020; VALENTE, Rubens. Socorro a indígenas e quilombolas foi o mais vetado por Bolsonaro, diz ONG, **UOL**, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/13/vetos-auxilio-coronavirus-indigenas-quilombolas.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 09 set. 2020.

⁸⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 36.

de linguística, psicológica, antropológica e sociológica que estrutura o Estado Constitucional.⁸⁵ Este que, por sua vez, ao defender os valores do constitucionalismo, impõe limites a perspectivas que busquem homogeneizar significantes a condutas, pessoas ou coisas⁸⁶.

Assim, as pautas defendidas pelo Presidente vão de encontro aos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. Ademais, destaca-se a importância do papel do Supremo Tribunal Federal em contextos de tensão e potencial negação de direitos fundamentais, como instituição que pode ser “contramajoritária” em casos emergenciais e com fundamentação adequada de suas decisões.

A agenda política que nega direitos fundamentais pode, sabe-se disso, vir a ser instituída pelo Legislativo e Executivo. Disso decorre a importância do Poder Judiciário com um possível “último” ator com poder de veto. Porém, a análise do Judiciário não deve ser idealizada, como se este fosse o último recurso epistêmico racional disponível no mundo ou pudesse sempre adotar uma visão de “vanguarda” em relação ao momento histórico em que este se situa, desconsiderando o contexto cultural em que este está inserido. Ministros são seres humanos de carne e osso, com uma série de limitações como qualquer outra pessoa, expressam seus valores e suas

⁸⁵ Ibid., p. 36.

⁸⁶ Assim, continua o autor, o movimento teórico a que está circunscrito o Estado Constitucional contemporâneo “rejeita ideias lineares, como de progresso, de verdades e valores universais e igualmente de qualquer forma de pensar que possa levar à definição de pessoas fixas e identidades unitárias ao invés de compreender a identidade como um processo contínuo de experimentação e autodefinição na evolução das relações sociais” (Ibid., p. 37)

interpretações, carregam consigo seus pré-conceitos e são moldados pelos seus contextos.

Uma visão não “romantizada” do Judiciário é fundamental para tratar do sinal de alerta eis que o próprio plano de uma eventual captura institucional pode não funcionar. Aquilo que se quer preservar, ao contrário do que geralmente líderes populistas almejam, é a independência dos poderes. Por isso, apenas a nomeação de ministros para o STF não é capaz de subverter a ordem democrática, como já manifestado anteriormente, este seria um evento dentre outros. A captura do Supremo Tribunal Federal com uma remodelação unilateral ou mesmo o seu fechamento seriam de fato, eventos perigosos e que devem ser evitados. Assim, a função contramajoritária, em um eventual cenário de captura institucional não poderia ser ativada. Isso é perigoso, em especial, quando se trata de revisão e mitigação de direitos fundamentais, quando a voz do governo coaduna com o clamor popular, a pressionar e amesquinhar o papel e conduta contramajoritários da Corte, como restou observado com a alteração do entendimento da possibilidade de execução de pena privativa de liberdade após decisão judicial em segunda instância que, apesar de ser apoiada pela maioria da população,⁸⁷ afronta dispositivo constitucional.

⁸⁷ DATAFOLHA. Prisão após condenação em segunda instância judicial é apoiada por 57%, **UOL**, 17 abr. 2018, Opinião pública. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/04/1965225-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia-judicial-e-apoiada-por-57.shtml>. Acesso em: 05 set. 2020. Ver também, embora elevação significativa de percentual de pessoas favoráveis à execução imediata da pena após decisão da segunda instância: PARANÁ PESQUISAS. Avaliação da atuação dos(as) Ministros(as) do STF, **Pesquisa Nacional**, maio de 2018. Disponível em: https://portaldeprefeitura.com.br/wp-content/uploads/2019/11/BR_Mai18_STF-2.pdf. Acesso em: 05 set. 2020; PARANÁ PESQUISAS. Posicionamen-

Não se ignora que um Tribunal é um poder e uma força política e que este age politicamente, podendo avançar e retroceder no “jogo recíproco de tradição e transformação, de mudança e preservação”⁸⁸. Eis, então, a importância política da nomeação de seus ministros. Conforme explica Newton Filho, a razão para a liberdade na indicação dos Ministros do STF se constata diante de seu papel não só jurisdicional, mas também político⁸⁹ na estrutura dos Poderes. A livre escolha de que dispõem o Presidente da República na nomeação e o Senado Federal na confirmação permite a seleção de candidatos que possuam, além dos requisitos constitucionais do saber jurídico e da reputação ilibada, a capacidade de enfrentamento de implicações políticas das discussões levadas ao julgamento do Tribunal, habilidades que se amparam na experiência jurídica e na vivência como cidadãos e indivíduos⁹⁰.

to em relação a prisão depois da condenação em 2ª instância, **Pesquisa Nacional**, maio de 2018. Disponível em: https://portaldeprefeitura.com.br/wp-content/uploads/2019/11/BR_Mai18_STF-2.pdf. Acesso em: 05 set. 2020.

⁸⁸ HÄBERLE, op. cit., . 28

⁸⁹ Sobre o papel político que exerce, cabe trazer as colocações de Daiana Machado que afirma, citando Villanova (1978, p. 36), o poder tem origem na Constituição, qual materializa os poderes em seus distintos órgãos e em suas diferentes funções, mas interligadas. Assim, Villanova afirma que “todos os atos de poder são políticos por definição: são constitucionalmente políticos. Atos de governo em sentido restrito e atos de administração, atos de legislação e atos jurisdicionais, todos são atos de órgãos imediatamente constitucionais e, *eo ipso*, atos políticos”. Assim, todos os órgãos de poder imediatamente hauridos da Constituição realizam atos de poder, porquanto, independentemente da distinção funcional e orgânica dos atos de legislação, de administração e de jurisdição, são atos no exercício de competências repartidas e, assim, estabelecidas em ato político inicial (MACHADO, Diana Soares. **A politização do Supremo Tribunal Federal diante do mecanismo de escolha de seus Ministros**. 2007, 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo) – Programa de Pós-Graduação do Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara de Deputados, Brasília, 2007, p. 48-49).

⁹⁰ TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2006, p. 06.

Não é escolha política dos Constituintes, durante toda a história republicana, a seleção de ministros afetos tão somente à área jurídica, indicados ou nomeados por entidades classistas, como de magistrados, Ministério Público, advogados ou outros⁹¹. Detêm, os ministros, papel importante de intercâmbio entre a Constituição aberta e plural e a realidade social, devendo compreendê-la enquanto norma jurídica fundamental, superior e vinculante, a qual, segundo Paulo Schier, possibilita o diálogo entre o fato jurídico-constitucional e a realidade social, econômica e política, não resumida a função da Constituição à conformação da ordem jurídica, senão que implicante e ordenadora das ordens política e social, e por estas também implicada⁹².

Assim, tem-se que a nomeação dos ministros da Suprema Corte com base na identidade das aspirações ideológicas – cuja sobreposição do político ao jurídico resta patente⁹³ – do

⁹¹ Ibid., p. 06-07. Nesse ponto, expõe Tavares Filho que a escolha institucional pela liberdade de nomeação tem a “justificativa de se evitar que o tribunal tenha seu papel institucional prejudicado pelo corporativismo, caindo presa de lutas e facções internas dos órgãos ligados à Justiça”.

⁹² SCHIER, op. cit., p. 18; 78. Afirma o constitucionalista, ainda, que a filtragem constitucional se levanta quando pressuposta a preeminência normativa da Constituição, que é projetada enquanto sistema aberto de regras e princípios, a permitir a reflexão do Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica, reconhecendo, assim, a dimensão normativo-linguística e também material da Constituição. Emerge uma dimensão teórica da norma que traz a esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, assim, componente da estrutura da norma.

⁹³ Nesse ponto, cabe referir estudos de Cass Susteain *et. al.* que, analisando a nomeação e composição da Suprema Corte estadunidense, evidenciou que a ideologia, compreendida como compromissos morais e políticos de vária forma, auxilia a explicar os votos dos juízes. Os presidentes e os senadores estão cientes dessa relação, e, por isso, a decisão de nomeação levam em conta o aspecto valorativo-ideológico. Constataram relação entre o partido político do presidente nomeante e os padrões das votações judiciais, afirmando que, para questões mais importantes, os indicados republicanos diferem dos indicados democratas, à evidência de diferenças significativas em áreas como discriminação por incapacidade, legislação de financiamento

presidente per si não configura ato incompatível com o modelo político institucional, no entanto, serve como parâmetro de análise de utilização dessa prerrogativa a fim de erodir o regime democrático constitucional por meio da instituição política incumbida de resguardá-la (Judiciário). É o que Levitsky e Ziblatt denominaram como uso das prerrogativas institucionais de forma não comedida, senão que orquestrada aos fins autoritários, a corroer o regime constitucional escolhido. É evidente que a atuação do ministro da Corte escolhido deve ser independente, no momento posterior à sua nomeação e confirmação, não podendo este acumular “dívidas” políticas ou ter norte outro que não seja a guarda da Constituição. Não é compatível com a Constituição brasileira eventual vassalagem de ordem político-ideológica de um ministro para com qualquer chefe do Executivo. A erosão da estrutura democrática, por meio da alta cúpula do Judiciário, torna-se possível, caso advenha deformação na composição dos membros do Supremo Tribunal, mas também com o esvaziamento substantivo da Constituição, com a adoção de uma hermenêutica que parta de concepções excludentes, com base num ideologismo egotópico⁹⁴ e dog-

de campanhas, ação afirmativa, proteção ambiental, discriminação sexual, direito do trabalho e outras. Também analisou-se que, na maior parte do tempo, os votos dos juízes são afetados pela composição da Corte, produzindo amortecimento ideológico e amplificação ideológica (SUNSTEIN, Cass R.; *et al.* **Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary.** Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 147-150).

⁹⁴ Haeblerlin e Forster (op. cit., p. 162, tradução nossa) afirmam, nesse ponto, que defendem-se “causas” (ideológicas) em detrimento de argumentos (constitucionais), a capturar a interpretação de direitos a partir de um projeto de poder, com diretrizes e condutas padronizadas, sendo a finalidade atingida com a intromissão, em especial na ordem jurídica, por meio de imposição dogmática. Nas palavras dos autores: “(...) os direitos humanos e fundamentais se transformam em um campo de batalha, onde a força dos argumentos é substituída pela força das convicções. Eles se impõem à so-

mático⁹⁵, a negligenciar o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana.

Não sendo o Congresso, na sua representação majoritária, condescendente como foram os do peronismo (Argentina), do chavismo (Venezuela) ou dominado por um partido como o Fidesz (Hungria) e o Lei e Justiça (Polônia), pode ele barrar a atuação do chefe do Executivo. De forma direta, com

cidade, usando como vitrine o reverso do produto de suas conquistas (ao invés das próprias conquistas). Nessa crítica, surge um estudo de direitos humanos dissociado do conteúdo dos direitos humanos. Uma espécie de totalitarismo (tácito, impregnado e contundente) que sequestra os princípios fundamentais da ordem constitucional e os torna reféns de fins que, mesmo elevados, são, na realidade, espúrios da exigência democrática em que se baseia a Constituição” (ibid., p. 162, tradução nossa).

⁹⁵ A dogmática é ponto de partida, não objeto de discussões, tomado pelos operadores jurídicos. Vista como “núcleo da investigação científica” (NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos de Direito GV**. p. 01-19, 01 set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em 09 set. 2020). São características da dogmática a função diretiva, a orientar a aplicação do direito; a decidibilidade, que propõe o entendimento a partir de premissas inegáveis (interrompe-se a crítica e se vincula a dogmas jurídicos postos como doutrina e jurisprudência); e a adstrição às condições do juridicamente possível (SILVA, Christine O. P. Dogmática Constitucional: Perspectivas da Técnica Jurídica para Estudo e Pesquisa do Direito Constitucional no Século XXI. **Revista Direito Público**, v. 4, n. 17, p. 85-112, jul./set. 2007, p. 89-91. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1302/768>. Acesso em 09 set. 2020). E, como instrui Peter Häberle, “As ‘transformações’ dos direitos fundamentais são, antes de tudo, mudanças na sua dogmática, uma vez que os textos – com exceção dos ‘direitos sociais fundamentais’ –, na maioria das vezes, permaneceram os mesmos. A realidade dos direitos fundamentais é, antes de tudo, a realidade e a eficácia de sua dogmática – versátil –; a dogmática ‘apoia’ os direitos fundamentais na mudança das relações sociais e nas avaliações ético-sociais”. Segundo o autor, é dever da dogmática, a serviço das garantias dos direitos fundamentais, desenvolver garantias racionais de decisão científico-jurídica, sendo que o abandono de certos dogmas pode tornar os direitos fundamentais efetivos, possibilitando-se com o questionamento dela a abertura no quadro de uma compreensão aberta da Constituição (HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Tradução de: Jorge Luis León Vásquez. 1^a. Ed. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 57-60). No entanto, a transposição ideológica na interpretação dogmática, como ferramenta da subversão da ordem constitucional, pode ser um perigo à democracia, como bem analisaram Häberle e Forster, a desideologização da participação política nada tem a ver com propagação e substituição de ideologia. As ideologias não deixarão de existir e, assim, devem ser colocadas no devido lugar – a política constitucional – e retiradas de outro – a interpretação constitucional.

a derrubada de vetos e decretos do presidente às leis pelas Casas aprovadas (contrapeso efetivo⁹⁶), com a impugnação judicial dos atos dele perante o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo obstar a eventual atuação de ministros do STF que se tornem “correligionários do presidente” que venham a exercer atividade político-partidária, ou que cometam outros crimes de responsabilidade nos termos do artigo 39 da Lei 1.079/1950, de forma contrária aos seus deveres de salvaguarda dos direitos fundamentais e do Estado democrático de Direito, processando-os e afastando-os por meio do processo de impeachment perante o Senado Federal.

De se notar, ainda, que após a eleição de Bolsonaro, os ministros do STF receberam constantes ataques, por meio de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações que podem configurar crimes e atingir o Supremo, seus membros e familiares⁹⁷. Bruno Meneses

⁹⁶ ESTADO DE MINAS. Congresso derruba veto e despejo por decisão liminar fica proibido na pandemia, **Estado de Minas**, 20 ago. 2020, Economia. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/08/20/internas_economia,1177983/congresso-derruba-veto-e-despejo-por-decisao-liminar-fica-proibido-na.shtml. Acesso em: 09 set. 2020; KAORU, Thâmara; TEMÓTEO, Antonio. Congresso derrota governo, amplia acesso ao BPC e cria gasto de R\$ 20 bi, **UOL**, 11 mar. 2020, Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redirectao/2020/03/11/congresso-veto-bpc.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 09 set. 2020; NETTO, Paulo Roberto. Derrota no Congresso derrubou decreto de 2019 que ampliava sigilo na Lei de Acesso à Informação, **Estadão**, 24 mar. 2020, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/derrota-no-congresso-derrubou-decreto-de-2019-que-ampliava-sigilo-na-lei-de-acesso-a-informacao/>. Acesso em: 09 set. 2020; BRANDÃO, Marcelo. Congresso derruba parte dos vetos da Lei de Abuso de Autoridade: Parlamentares mantiveram 15 vetos, **Agência Brasil**, 24 set. 2019, Política. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-09/congresso-derruba-parte-dos-vetos-da-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 09 set. 2020; EL PAÍS. Senado rejeita decreto de armas de Bolsonaro; texto vai para a Câmara, **El País**, 19 jun. 2019, Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/18/politica/1560868005_232893.html. Acesso em: 09 set. 2020.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Fake news e ataques ao STF: oito ministros votam pela legalidade da abertura do inquérito, **Notícias STF**, 17 jun. 2020. Dispo-

Lorenzetto e Ricardo dos Reis Pereira expõem que, como o Tribunal vem atuando de forma ostensiva na arena política, tornou-se alvo, com maior destaque nos últimos anos, de ataques advindos de distintos meios e origens ideológicas, notadamente a partir do fenômeno da expansão das redes sociais⁹⁸, inclusive dobraram as representações pedindo o afastamento dos Ministros perante o Senado Federal⁹⁹. No entanto, afirma Antonio Rodrigo Machado que esses pedidos normalmente são motivados por discordância com a decisão

nível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764>. Acesso em: 05 set. 2020. Ver também: CATRACA LIVRE. Em ato contra STF, bolsonaristas usam símbolos do nazismo e da KKK, **Microsoft News**, 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/em-ato-contra-stf-bolsonaristas-usam-s%C3%ADmbolos-do-nazismo-e-da-kkk/ar-BB14Q92e>. Acesso em 09 set. 2020; KADANUS, Kelli. “Toffoli abre inquérito para investigar ataques ao STF após críticas da Lava Jato, **Gazeta do Povo**, 14 mar. 2019, Política. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-ataques-ao-stf-apos-criticas-da-lava-jato-cakxy311yia63bbw8dfx6igr5/>. Acesso em: 05 set. 2020; FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão ‘ao lado do povo’, **Folha de São Paulo**, 03 ma. 2020, Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

⁹⁸ LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência**, Florianópolis, v. 41, p. 173-203, mai. 2020, p. 184. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/71524/44594>. Acesso em: 26 jan. 2020. DOI: <http://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p173>. De se notar que as circunstâncias excepcionais da abertura do inquérito ocorreram em momento de grande tensão institucional no país. A decisão tomada pelo STF parece ter tido o papel de resfriar tentativas mais abertas de ataque institucional ou mesmo a tentativa de golpe de Estado em termos tradicionais. Não se discorda de interpretações que avaliam a medida como um remédio amargo, que funcionou institucionalmente para comunicar ao outro Poder os limites institucionais que deveriam ser respeitados.

⁹⁹ SEIBT, Taís. Gilmar Mendes é o ministro do STF com mais pedidos de impeachment, **Yahoo Notícias**, 06 ago. 2020. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/gilmar-mendes-e-o-ministro-do-stf-com-mais-pedidos-de-impeachment-090009945.html>. Acesso em: 05 set. 2020. Conforme a notícia, no ano de 2017, ano da eleição para mandato presidencial 2018-2021, foram protocoladas 08 representações; em 2018, 10 representações; e, em 2019, 21.

de um ministro e são levantados por questões ideológicas¹⁰⁰, havendo, inclusive, motivação acerca do descontentamento quanto à abertura do inquérito das “fake news”¹⁰¹, até mesmo quanto aos votos no julgamento que criminalizou a homofobia¹⁰².

Até então nenhuma representação fora admitida e processada, a demonstrar a deferência e harmonia entre os poderes Legislativo e Judiciário na defesa das instituições e do regime constitucional democrático¹⁰³, no entanto, ante o profundo dissenso político e crise existentes, é de se notar que o procedimento do *impeachment* – que possui natureza política e jurídica¹⁰⁴ – é outra arma usada contra os Ministros

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Nesse ponto, importante observação e ressalva deve ser feita: como bem exposto por Bruno Lorenzetto e Ricardo Pereira, a confirmação da legalidade e constitucionalidade do Inquérito n.º 4781 pelo Supremo, que apura as “Fake News” e ataques ao STF, sugere que sua atuação habita uma zona de indiferença, de indeterminação do ordenamento jurídico, com a suspensão deliberada do direito, das normas de competência e atribuições constitucionais. Na palavra dos autores, “o STF suspende o estatuto constitucional dos Acusados para aplicar o direito e promover a persecução penal contra eles”. No entanto, afirmam os autores, o Tribunal age de forma excepcional com o intuito de sua defesa institucional – a Corte depõe o direito para defendê-lo (LORENZETTO, Bruno Meneses; Pereira, Ricardo dos Reis, op. cit.).

¹⁰² WETERMAN, Daniel; PIRES, Breno; MOURA Rafael Moraes. Pedido para destituir ministros do STF é recorde: Em 2019, Senado já recebeu 14 representações pelo impeachment de membros do Supremo; nenhuma foi arquivada por Alcolumbre, **Estadão**, 20 nov. 2019, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pedido-para-destituir-ministros-do-stf-e-recorde,70003095911>. Acesso em: 05 set. 2020. Ver ainda: UOL. Bancada da Bala sugere a Bolsonaro pedir impeachment de ministros do STF, **Notícias UOL**, 04 mai. 2020, Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/04/bancada-da-bala-sugere-a-bolsonaro-pedir-impeachment-de-ministros-do-stf.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 05 set. 2020.

¹⁰³ GÓES, Bruno. Maia e Alcolumbre condecoram Toffoli e elogiam papel de ministro diante de ataques de bolsonaristas, **O Globo**, 09 set. 2020, Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/maia-alcolumbre-condecoram-toffoli-elogiam-papel-de-ministro-diante-de-ataques-de-bolsonaristas-24630735>. Acesso em: 09 set. 2020.

¹⁰⁴ Como expõe Bruno Meneses Lorenzetto, o *impeachment* não pode ser conduzido por motivos de desacordo ou desagrado por parte da sociedade no que diz respeito a políticas e ideologias. Sua feição política, continua o autor, pode inclusive induzir

do Supremo Tribunal Constitucional a fim de intimidá-los ante o exercício dos seus deveres constitucionais e “resolver” eventual crise democrática existente por responsabilidade de algum juiz constitucional. Tomando-se a avaliação de Cícero da Luz e Thanus Messias¹⁰⁵ quanto à arma do impeachment, a condução do processamento de denúncia por crime de responsabilidade pode demonstrar a existência de déficit de legitimidade procedimental e institucional¹⁰⁶.

Uma atenção cuidadosa sugere que as estruturas salvaguardadas da democracia brasileira foram colocadas “sob extrema pressão”¹⁰⁷, inclusive esta foi acompanhada pelo

que seja o instrumento utilizado por ressentimento político, motivações de ódio, manifestações populares, desprestígio da figura pública ou mesmo na pretensão de defesa do espírito republicano, emergindo a discricionariedade das decisões da Câmara e do Senado (na admissão e no julgamento, respectivamente). Entretanto, essa natureza política e com viés discricionário é também limitada pelo ordenamento jurídico, a externar sua feição jurídica: o procedimento é orientado pelos valores constitucionais, pela legislação ordinária (Lei 1.079/50) e, até mesmo, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal (LORENZETTO, Bruno Meneses. O IMPEACHMENT: estrutura, função e natureza. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Lorena/SP, v. 2, n. 37, p. 134-153, 2º semestre, 2017. ISSN 2359-5035. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/644/351>. Acesso em: 28 jan. 2021.

¹⁰⁵ LUZ, Cícero Krupp da; MESSIAS, Thanus L. N. Z. O impeachment forjado como voto destituente: análise dos votos da câmara dos deputados no caso do Brasil de 2016. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 41-27, dez. 2016. ISSN 1982-0496. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/918>. Acesso em 09 set. 2020.

¹⁰⁶ A existência de déficit de legitimidade procedimental e institucional também fora constatada ante a inobservância da forma procedimental legal-constitucional do processo de impedimento e ante ao não contorno à crise política objetivada (Ibid., p. 23).

¹⁰⁷ Nesse ponto, defende Daly que a pressão sobre o regime democrático não se expressa somente com os ataques externos ao Poder Judiciário, tendo diversas concomitantes causas, inclusive internas a esse poder. Indica como causas a degradação do próprio cargo presidencial (por meio do questionável impeachment da presidenta eleita Dilma e do possível impeachment do atual presidente Bolsonaro); condução abusiva das perseguições penais anti-corrupção, especialmente a “lava a jato”; a atuação ativista, política e personalíssima dos membros do Judiciário; manipulação dos mecanismos constitucionais por meio de emendas à Constituição (referindo-se à PEC 55 – PEC dos gastos públicos); dentre outras. DALY, op. cit., p. 14-15.

declínio da fé pública no regime democrático¹⁰⁸. Por isso, o contexto brasileiro, tomado em comparação com as experiências históricas, pode ajudar a ilustrar um fenômeno mais amplo, indicado nos outros países citados, e servir como advertência dos resquícios institucionais autoritários que assolam o país, que se observam no comportamento autoritário, manifestado pela condução populista do governo Bolsonaro, em formas de liberalismo não democrático ou militar tradicional¹⁰⁹.

Portanto, em se mantendo a regularidade e força do poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que o Estado brasileiro atravessou um regime constitucional democrático sob alta pressão institucional, sobretudo com a chegada de uma representação radical da direita ao poder. Esta pressão se deve ao fato de que o Judiciário não é apenas um coadjuvante, mas uma força reafirmadora do Estado Constitucional¹¹⁰, preocupada com a defesa do pluralismo e dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diversas investidas do presidente Bolsonaro contra o Supremo Tribunal Federal, ou os episódios de fomento para que seus seguidores fizessem o mesmo, bem como a

¹⁰⁸ O apoio popular à democracia tem diminuído nos últimos anos, conforme demonstra o informe de 2018 da Corporação Latinobarómetro. Segundo os dados consolidados, o apoio à democracia em 2009 foi de 55%; 2010, 54%; 2011, 45%; 2013, 49%; 2015, 54%; 2016, 32%; 2017, 43%; e em 2018 foi de 34% (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, **Informe 2018**. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>. Acesso em 09 set. 2020).

¹⁰⁹ Daly, op. cit., p. 18; MALISKA, op. cit., **Dignidade da pessoa humana e pluralismo político...**, p. 384.

¹¹⁰ Ibid., p. 386.

aspiração de intervenção no poder Judiciário brasileiro, especificamente, no Supremo Tribunal Federal (ainda que por meios formalmente constitucionais), denotam sentimentos inclinados ao autoritarismo, o que implica, *primo ictu oculi*, na existência de um regime democrático constitucional sob alta pressão, não, no entanto, em um governo autoritário nos moldes tradicionais do século passado (conquanto traços pessoais e estéticos seus e de seus ministros permitam afirmações em sentido contrário) como o regime fascista. Ficam ligados, não obstante, os sinais de alerta, em razão dos diversos discursos de ameaça à democracia, aos outros Poderes e aos direitos fundamentais protegidos na Constituição.

A história de alguns países latino-americanos e europeus permite dimensionar que a escalada incremental autoritária almejada pelo Presidente Bolsonaro, por meio de intervenções institucionais no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal, seria hábil para promover a subversão da ordem constitucional democrática. Tanto de forma mais imediata, com o seu fechamento ou, ainda, desenvolvida de maneira lenta, com algum verniz de legalidade (elemento que não é estranho a regimes autoritários). Contudo, a despeito de ameaças e inclinações autoritárias manifestadas pelo Presidente Bolsonaro, pode-se afirmar que o Brasil moldou um Supremo Tribunal robusto, jus a que, a despeito da tensão e da crise democrática, o regime constitucional de freios e contrapesos parece continuar em funcionamento na máquina institucional brasileira, ainda que diante de pressão sem igual na história recente do país e com os sinais de alerta ligados para a preservação da democracia.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *In: Novos estudos CEBRAP*, nº. 54, p. 27-41, jul. 1999. Disponível em: http://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%2C%20A9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%2C%20A1bio_Judici%2C%20A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf. Acesso em 29 jun. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

BENITES, Afonso; JIMÉNEZ, Carla. Bolsonaro invoca “intervenção militar” contra o STF e flerta com golpe. *El País*, 28 mai. 2020, Brasil. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-29/bolsonaro-invoca-intervencao-militar-contra-o-stf-e-flerta-com-golpe.html>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BERALDO, Paulo. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF. *Terra*, 03 jul. 2018, Eleições. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/eleicoes/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam-proposta,2c11ea19670dadacc2dc953e151d0a3bh6r0jrrj.html#:~:text=0%20pr%C3%A9-candidato%20%C3%A0%20Presid%C3%Aancia%20do%20PSL%2C%20Jair%20Bolsonaro%2C,que%20a%20medida%20%C3%A9%20inconstitucional%20e%20difícilmente%20prosperaria..> Acesso em 05 set. 2020.

BERENDT, Joanna. Polish Court Strikes Down Law Limiting Its Powers, Inflaming a Crisis, *The New York Times*, 09

mar. 2016, Europe. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/03/10/world/europe/polish-court-strikes-down-law-limiting-its-powers-inflaming-a-crisis.html>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL (2019). STF enquadrrou homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, concluído em 13 junho de 2019, **Supremo Tribunal Federal**, 13 jun. 2019, Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 05 set. 2020.

BRASIL (2020a). Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 457**, Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito constitucional. Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO. Proibição de divulgação de material com informação de ideologia de gênero em escolas municipais. Usurpação de competência privativa legislativa da União. Diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, CF). Violação aos princípios atinentes à liberdade de apreender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento a arte e o saber (art. 206, II, CF), e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF). Proibição da censura em atividades culturais e liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF). Direito à igualdade (art. 5º, caput, CF). Dever estatal na promoção de políticas públicas de combate à desigualdade e à discriminação de minorias. Inconstitucionalidade formal e material reconhecidas. Procedência. Relator Min. Alexandre de Moraes, unânime, julgamento em 29 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343276006&ext=.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL (2020b). Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 467, Ementa:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. 2. Cabimento da ADPF. Objeto: artigos 2º, caput, e 3º, caput, da Lei 3.491, de 28 de agosto de 2015, do Município de Ipatinga (MG), que excluem da política municipal de ensino qualquer referência à diversidade de gênero e orientação sexual [...]. Relator Min. Gilmar Mendes, unânime, julgamento em 29 mai. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343669940&ext=.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL (2020c). Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADPF 460, Ementa:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Artigo 2º, parágrafo único, da lei 6.496/2015 do Município de Cascavel - PR. Vedação de “políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual’”. Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação. A proibição genérica de determinado conteúdo, supostamente doutrinador ou proselitista, desvaloriza o professor, gera perseguições no ambiente escolar, compromete o pluralismo de ideias, esfria o debate democrático e prestigia perspectivas hegemônicas por vezes sectárias. A construção de uma sociedade solidária, livre e justa perpassa a criação de um ambiente de tolerância, a valorização da diversidade e a convivência com diferentes visões de mundo. Precedentes arguição conhecida e julgado procedente o pedido [...]. Relator Min. Luiz Fux, unânime, julgamento em 29 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343977087&ext=.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Fake news e ataques ao STF: oito ministros votam pela legalidade da abertura do

inquérito, **Notícias STF**, 17 jun. 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764>. Acesso em: 05 set. 2020.

BUGARIC, Bojan; GINSBURG, Tom. The Assault on Postcommunist Courts. **Journal of Democracy**, v. 27, n. 3, jul 2016, p. 69-82. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/623608>. Acesso em: 01 set. 2020.

CALDAS, Carlos. Um ministro “terrivelmente evangélico” no STF? **Instituto Humanitas Unisinos**, 06 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591406-um-ministro-terrivelmente-evangelico-no-stf>. Acesso em: 05 set. 2020.

CAMERON, Maxwell A. **Democracia en la región andina: diversidad y desafíos**. Lima: IEP – Instituto de Estudios Peruanos, 2010.

CATRACA LIVRE. Em ato contra STF, bolsonaristas usam símbolos do nazismo e da KKK, **Microsoft News**, 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/em-ato-contra-stf-bolsonaristas-usam-s%C3%ADmbolos-do-nazismo-e-da-kkk/ar-BB14Q92e>. Acesso em 09 set. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, p. 409-471, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0409_0471.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021

CONGRESSO EM FOCO. Bolsonaro: “Quilombola não serve nem para procriar”, **Congresso em Foco**, 05 abr. 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>. Acesso em: 09 set. 2020.

COOLEY Alexander. Countering Democratic Norms. *In*: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; WALKER, Christopher (Eds.), **Authoritarianism Goes Global: The Challenge to Democracy**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2016.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, **Informe 2018**. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>. Acesso em 09 set. 2020.

CORRALES, Javier. Autocratic Legalism in Venezuela, **Journal of Democracy**, v. 26, n. 2, abr. 2015, p. 37-51. DOI: 10.1353/jod.2015.0031. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/578606>. Acesso em 01 set. 2020.

DALY, Tom Gerald. Populism, Élitism and Democratic Decay in Brazil. *In*: **International Society of Public Law (ICON-S)**, Panel Populist Challenges to Liberal Constitutionalism II, 26 a 28 jun. 2018, University of Hong Kong, Hong Kong, 2018.

DATAFOLHA. Prisão após condenação em segunda instância judicial é apoiada por 57%, **UOL**, 17 abr. 2018, Opinião pública. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/04/1965225-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia-judicial-e-apoiada-por-57.shtml>. Acesso em: 05 set. 2020.

FADUL, Telmo. “A minoria tem que se curvar”, *O Tempo*, 22 mai. 2011. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/a-minoria-tem-que-se-curvar-1.352269>. Acesso em: 05 set. 2020.

FERREIRA, Paula; MARIZ, Renata. Campanha do governo federal pela abstinência sexual começa em fevereiro, **O Globo**, 23 jan. 2020, Sociedade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/campanha-do-governo-federal-pela-abstinencia-sexual-comeca-em-fevereiro-24205628>. Acesso em: 09 set. 2020.

FOCKINK, Caroline. Os efeitos negativos da corrupção nas instituições públicas e no regime democrático. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 24, n. 3, p. 181-210, set./dez. 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31331. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1331>. Acesso em: 09 set. 2020.

FOMINA, Joanna; KUCHARCZYK, Jacek. The Specter Haunting Europe: Populism and Protest in Poland. **Journal of Democracy**, v. 27, n. 4, out. 2016, p. 58-68. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0062>. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/633752>. Acesso em 02 set. 2020.

GAZETA BRASIL. Eduardo Bolsonaro: “Moro é herói nacional”, **Gazeta Brasil**, 25 nov. 2019, Política. Disponível em: <https://gazetabrasil.com.br/politica/eduardo-bolsonaro-moro-e-heroi-nacional/>. Acesso em: 05 set. 2020

GOSPEL+. O Brasil é um Estado cristão, diz Jair Bolsonaro. **Youtube**. 2017. 1 vídeo (1 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gHnwzEAmgfU>. Acesso em: 05 set. 2020.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Poder Político. **Revista de Estudios Políticos**, n. 125, jul./set. 2004, p. 09-37. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=282&IDA=17567>. Acesso em: 09 set. 2020.

HAEBERLIN, Martín Perius; FORSTER, João Paulo Kulczynski. Participação política e usurpações políticas: o enfraquecimento dos direitos humanos por suas abordagens ideológicas. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 2, p. 151-167, mai./ago. 2020. DOI: 0.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i21413. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd>.

unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/1413. Acesso em: 09 set. 2020.

HELMKE, Gretchen. Judges, generals, and presidents: institutional insecurity on the argentine supreme court, 1976–1999. In: _____. **Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 61-97. Doi:10.1017/CBO9780511510144.005. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/courts-under-constraints/judges-generals-and-presidents-institutional-insecurity-on-the-argentine-supreme-court-19761999/014DAA56A8AB0171DF1F9B24AB842A3A>. Acesso em 25 ago. 2020.

HOUS, Débora Sögun; et. al. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de São Paulo**, 21 out. 2018, Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>. Acesso em: 02 fev. 2021).

ISTOÉ. Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias, Isto é, 24 set. 2018, Mundo. Disponível em: <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>. Acesso em: 09 set. 2020.

KADANUS, Kelli. “Toffoli abre inquérito para investigar ataques ao STF após críticas da Lava Jato, **Gazeta do Povo**, 14 mar. 2019, Política. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-ataques-ao-stf-apos-criticas-da-lava-jato-cakxy3i1yia63bbw8dfx6igr5/>. Acesso em: 05 set. 2020.

KER, João. ‘Cada vez mais, o índio é um ser humano igual a nós’, diz Jair Bolsonaro: Em transmissão nas redes

sociais, presidente disse ainda que o índio ‘mudou’ e ‘tá evoluindo’; entidade afirma que irá processá-lo por crime de racismo, **O Estadão**, 24 jan. 2020, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cada-vez-mais-o-indio-e-um-ser-humano-igual-a-nos-diz-jair-bolsonaro,70003171159#:~:text=Durante%20a%20tradicional%20transmiss%C3%A3o%20ao%20vivo%20nas%20redes,%C3%ADndio%20%C3%A9%20um%20ser%20humano%20igual%20a%20n%C3%B3s%E2%80%9D>. Acesso em: 09 set. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. MAAS, Rosana Helena. Controle Judicial de Políticas Públicas: “Controle Judicial Forte ou Fraco”? **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 191-215, jan./abr., 2019, p. 198. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i1973>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/973>. Acesso em: 09 set. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Editora Zahar, 2018.

LORENZETTO, Bruno. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O IMPEACHMENT: estrutura, função e natureza. **Revista Direito & Paz**, Lorena/SP, v. 2, n. 37, p. 134-153, 2º semestre, 2017. ISSN 2359-5035. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/644/351>. Acesso em: 28 jan. 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência**, Florianópolis, v. 41, p. 173-

203, mai. 2020, p. 184. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/71524/44594>. Acesso em: 26 jan. 2020. DOI: <http://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p173>

LUZ, Cícero Krupp da; MESSIAS, Thanus L. N. Z. O impeachment forjado como voto destituente: análise dos votos da câmara dos deputados no caso do brasil de 2016. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 4-27, dez. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/918>. Acesso em 09 set. 2020.

MACHADO, Diana Soares. **A politização do Supremo Tribunal Federal diante do mecanismo de escolha de seus Ministros**. 2007, 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo) – Programa de Pós-Graduação do Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara de Deputados, Brasília, 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. Dignidade humana e pluralismo constitucional. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 373-389, jun. 2018.

_____. **Populism, Democracy and the Rule of Law in Today's Brazil**. 2020. Artigo não publicado.

_____. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTINS, Thays. Bolsonaro diz que ministro da Justiça pode levar “vaga evangélica” no STF, **Correio Braziliense**, 28 mai. 2020. *In*: Microsoft News – msn. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/bolsonaro-diz-que-ministro->

da-justi%C3%A7a-pode-levar-vaga-evang%C3%A9lica-no-stf/ar-BB14JFP1. Acesso em: 05 set. 2020.

PARANÁ PESQUISAS. Posicionamento em relação a prisão depois da condenação em 2ª instância, **Pesquisa Nacional**, maio de 2018. Disponível em: https://portaldeprefeitura.com.br/wp-content/uploads/2019/11/BR_Mai18_STF-2.pdf. Acesso em: 05 set. 2020.

PEÑALOZA, Pedro Pablo. Radiografía de los chavistas que controlan el TSJ en Venezuela: En 7 meses, jueces del Supremo han bloqueado a la oposición con 24 sentencias contra la Asamblea, **El Tiempo**, 29 ago. 2016, Internacional, Latinoamérica. Disponível em: <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/perfil-de-los-jueces-del-tribunal-supremo-de-justicia-de-venezuela-44143>. Acesso em: 01 set. 2020.

PULLELLA, Philip. Silvio Berlusconi Says Communist Judges Out to Destroy Him, **Reuters**, 28 out 2009, World News. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-italy-berlusconi/silvio-berlusconi-says-communist-judges-out-to-destroy-him-idUSTRE59R1JX20091028>. Acesso em 30 ago. 2020.

RODAS, Sérgio. Sem responsabilização: Bolsonaro quer 21 ministros no STF e excludente de ilicitude para policial. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de set. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policial-matar>. Acesso em: 05 set. 2020.

RODRIGUES, Mateus. Bolsonaro diz que pode indicar Aras para o STF 'se aparecer uma terceira vaga'. 2020. **G1**, Brasília, 28 mai. 2020, Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/28/bolsonaro-diz-que-pode-indicar->

aras-para-o-stf-se-aparecer-uma-terceira-vaga.ghtml. Acesso em 25 ago. 2020.

SALDAÑA, Paulo. Maioria no país defende educação sexual e discussão sobre política nas escolas, **Folha de São Paulo**, 07 jan. 2019, Educação. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/01/maioria-no-pais-defende-educacao-sexual-e-discussao-sobre-politica-nas-escolas.shtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Saiba como surgiu o termo 'ideologia de gênero', **Folha de São Paulo**, 23 out. 2018, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/10/saiba-como-surgiu-o-termo-ideologia-de-genero.shtml>. Acesso em: 09 set. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.9732/rbep.v117i0.594>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/594>. Acesso em 05 set. 2020.

SCHEPPELE, Kim Lane. Understanding Hungary's Constitutional Revolution. In BOGDANDY, Armin von; SONNEVEND, Pál (Eds.). **Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania**, London: Hart/Beck 2015, p. 111-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.5040/9781474202176.ch-003>.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional** – Anotações Nucleares, 1ª ed., 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

_____. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista eletrônica direitos fundamentais e democracia**, vol. 20, nº 20, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959>. Acesso em: 05 set. 2020.

SEIBT, Taís. Gilmar Mendes é o ministro do STF com mais pedidos de impeachment, **Yahoo Notícias**, 06 ago. 2020. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/gilmar-mendes-e-o-ministro-do-stf-com-mais-pedidos-de-impeachment-090009945.html>. Acesso em: 05 set. 2020.

SLATER, Dan. Iron Cage in an Iron Fist: Authoritarian Institutions and the Personalization of Power in Malaysia, **Comparative Politics**, v. 36, n. 1, out. 2003, p. 81-101, p. 94-95. DOI: 10.2307/4150161. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4150161>. Acesso em 05 set. 2020

SOLANO, Esther. Crise da Democracia e extremismos de direita. **Análise** n. 42, mai. 2018. Friedrich-Ebert-Stiftung Brasil. São Paulo: FES, 2018. ISBN 978-85-9565-035-0. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14508.pdf>. Acesso em 09 set. 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; *et al.* **Are judges political?: an empirical analysis of the federal judiciary.** Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2006.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

VALENTE, Rubens. Socorro a indígenas e quilombolas foi o mais vetado por Bolsonaro, diz ONG, **UOL**, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/columnas/rubens-valente/2020/07/13/vetos-auxilio-coronavirus-indigenas-quilombolas.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 09 set. 2020.

WETERMAN, Daniel; PIRES, Breno; MOURA Rafael Moraes. Pedido para destituir ministros do STF é recorde: Em 2019, Senado já recebeu 14 representações pelo impeachment de membros do Supremo; nenhuma foi arquivada por Alcolumbre, **Estadão**, 20 nov. 2019, Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pedido-para-destituir-ministros-do-stf-e-recorde,70003095911>. Acesso em: 05 set. 2020.

DEMOCRACIA RADICAL E NOVOS ESTÍMULOS JUNTO AOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Moller
Cristhian Magnus de Marco

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a democracia radical é ainda atual, iniciada no final nos anos 90 por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe e continuada por outros autores das mais diversas áreas, permeando diversas abordagens. Tão grande foi a popularidade da leitura radical-democrática inaugurada que a atual discussão sobre filosofia política passa obrigatoriamente pela discussão da democracia radical, de forma que a abordagem ganhou relevância obrigatória e dimensão mundial no que concerne às serias discussões sobre os contornos da filosofia política ocidental. Hoje, num momento em que em várias democracias de tradição representativa eclodem uma série de conflitos sociais que denunciam problemas econômicos, igualitários, institucionais, pensa-se ser a hora para reavivar a discussão sobre a necessidade de ruptura com o tradicional sistema democrático vivenciado justamente por não mais gerar confiabilidade frente aos sistemas jurídicos atuais.

Os debates em torno da democracia radical giram em torno de três questões: crítica ao essencialismo, o novo papel da linguagem na estruturação das relações sociais (gramática social) e a constituição de identidades coletivas e das individualizadas operacionalizadas no coletivo. As críticas decorrem dos erros perpetrados pelo marxismo (noção de uma classe social centrada e paradigma essencialista) e da centralidade atribuída à linguagem junto às relações sociais. Isso porque os Autores da linha democrática-radical têm como mote inaugurar um novo socialismo que seja capaz de absorver a positiva e necessária estrutura formal que o liberalismo traz à sociedade, mas que se preocupe com a igualdade, paralelamente, por isso propondo o socialismo liberal.

Esse movimento consistira em uma democracia radicalizada e plural, aprofundando assim a revolução democrática iniciada no século XVIII com a Revolução Francesa e que deve ser estendida ao maior número de esferas da sociedade, mormente é necessário radicalizar a ideia de liberdade e igualdade em nome da justiça para contestar as formas de subordinação que sempre estão ganhando novos contornos e, por esta razão, devem ser desafiadas incessantemente. Enquanto que os principais teóricos da tradição democrática voltam-se a uma filosofia moral, a democracia radical é propriamente política; ou seja, não se preocupa tanto em definir os padrões normativos que devem orientar as relações, mas primeiro preocupa-se em compreender como se dão os processos sociais e quais os elementos das relações entre os grupos sociais.

Por isso, à democracia radical interessa o atual panorama político da sociedade: um sem número de novas identidades e reivindicações plurais. Como organizar isso? Os novos movimentos sociais designam uma série de lutas diversas, como urbana, ecológica, antiautoritária, feministas, antirraciais, etc., de modo que por estes movimentos se articula a difusão da conflitividade social a relações mais e mais numerosas, características das sociedades industriais avançadas e pós-industriais. Nesse sentido, a democracia radical preocupa-se em levar a revolução democrática aos movimentos sociais plurais. Para compreender as reivindicações, a democracia radical coloca como mote dessas novas configurações sociais as novas formas de subordinação que são incessantemente criadas.

Assim, a radicalização da democracia torna-se *lócus* político, articulada sobretudo por lutas contra as diferentes formas de subordinação nesse sem número de identidades populares e coletivas, que surgem como parte de um constante processo de rearticulação hegemônica. Essas lutas têm no direito forma de subjetivação e participação política, razão pela qual com o advento dos direitos fundamentais a democracia conecta-se diretamente com o exercício e proteção dos direitos de liberdade e igualdade a todos, motes do discurso político-democrático. O direito exerce nesse panorama sobretudo um discurso distinto para o combate das opressões criadas incessantemente, que geram os diferentes tipos de desigualdade.

Mesmo com esse panorama social, muitos teóricos ainda defendem uma visão idealizada da sociabilidade humana,

incrustada no fundamento do pensamento político moderno (liberais e comunitarista), para os quais a violência e hostilidade são vistas como fenômenos arcaicos, que devem ser eliminados na medida em que a sociedade progride, mediante um contrato social que se dá entre participantes racionais. É essa crença na possibilidade de um consenso racional que colocou a democracia num caminho equivocado. A tarefa dos teóricos democráticos deve ser a de promover a criação de uma esfera pública aonde podem confrontar-se os projetos políticos hegemônicos. Diálogo, deliberação somente são palavras que fazem sentido no campo político se os participantes da discussão puderem decidir entre alternativas claramente distintas.

Para Mouffe (2007, p.9), diferente do que muitos defendem hoje, não vivemos um momento político onde se chega a um “sentido comum”, assim como não estamos em uma etapa de desenvolvimento político que constitui um grande progresso na evolução da humanidade. Aqueles que assim o pensam, defendem que o mundo livre hoje triunfa, sendo possível viver em um mundo sem inimigos, onde os conflitos são coisa do passado e o consenso pode ser obtido com o diálogo. Esse panorama muito propagado em famosas teorias políticas sobre justiça é o reflexo de um consenso que absorve um sentido positivo da globalização e da hegemonia liberal, no que Mouffe chama de consenso “pós-político”.

A democracia radical, por seu turno, apresenta uma outra via, outra alternativa para a democracia na atualidade, que encara de frente os problemas atuais da sociedade, com vistas a estender a democracia ao maior número de pessoas.

A distinção democrática está precisamente no questionamento contínuo sobre os direitos humanos, defendendo que a democracia deve deixar a questão dos direitos aberta, reconhecendo o curso imprevisível dos direitos frente aos conflitos. Dominique Rousseau é autor pelo qual, por sua vez, eleva à radicalização da democracia aos direitos humanos e fundamentais, de modo que a partir dele constrói-se a tese que o discurso do direito é capaz de realizar rupturas com o sistema de subordinação (relações de poder) na sociedade, desvelando o que é subordinação e o que é opressão. Para que o direito alcance esse patamar, entretanto, exige-se que o direito seja participativo a partir do social, que permita a participação e construção do direito pela e a partir da sociedade, o que hoje é possível pelo canal da judicialização dos conflitos, o qual, para ser democrático, deve contar com o efetivo debate social.

DEMOCRACIAS CONVENCIONAIS/ CONSENSUAIS/ REPRESENTATIVAS: UM SISTEMA COM OS DIAS CONTADOS?

Denuncia-se a quatro cantos uma crise das instituições representativas, também denominadas consensuais e convencionais, por meio da qual a capacidade das democracias tem sido questionada. Aponta-se que as instituições não são suficientemente representativas do povo. Por que esse sentimento hoje? Será que as instituições representativas sempre foram falhas em representar o povo? Qual o motivo que leva a essa descrença? A representatividade democrática deve ser eliminada?

Para a democracia radical, a solução para a falha da representação não seria a instauração de uma democracia “representista”, mas sim buscar uma representação que reconhece a possibilidade do *antagonismo* e onde o *pluralismo* não seja abordado como algo harmonioso. Nesse sentido, as instituições representativas exercem valioso papel quando permitem a institucionalização da dimensão conflitual. Malgrado, na democracia atual (pós-democracia ou pós-política), marcada pelo sistema representativo, inexistem alternativas apresentadas aos cidadãos. (MOUFFE, 2017, p.23) Na configuração dita “democracia convencional” vige o sistema de representação “competitivo”, onde os cidadãos portam direitos políticos, manifestam seus interesses pelo exercício daqueles, principalmente por meio do voto em eleições regulares, cuja vitória dá ao vencedor autoridade na administração. (COHEN; FUNG, 2007, p.221)

O modelo acima representado consiste em um sistema representativo. O que poucos sabem existe uma diferença entre representação política e sistema representativo. A representação política é um *princípio constituinte* da democracia e uma *forma de governo*. Como princípio constituinte a representação é um modo de dividir tarefas, na qual existem dos protagonistas, o representante e o representado. O representante sempre faz o mesmo papel, que é o de falar em nome do representado. (ROUSSEAU, 2019, p.37-38) De outro lado sistema representativo como forma de governo das sociedades não tem como consequência lógica o princípio da representatividade. De fato, o voto parece democratizar com a introdução do povo no espaço político, de modo que é

tornado o símbolo de participação. Apesar dessas demonstrações, não é certo que o sistema representativo tenha criado uma democracia. O povo é consultado para a escolha, mas a deliberação o afasta. A grande crise do modelo representativo começa na ruptura entre o povo e o representante, que acaba gerando uma descrença generalizada, por não se sentirem mais parte da democracia. (ROUSSEAU, 2019, p.25-30) As democracias convencionais, cuja base é a representação competitiva, mais do que demarcadas pelo princípio constituinte, hoje são apenas uma forma de governo, forma que está muito longe de um modelo efetivamente democrático e é aqui que segue a crítica trazida pela democracia radical.

Segundo Cohen e Joshua (2007, p.223-225), as críticas elaboradas pela democracia radical aos sistemas de representação competitiva centram-se em três eixos políticos: a responsabilidade, igualdade e autonomia. No que toca à responsabilidade, critica-se o fato de que com a representação competitiva os cidadãos acabam ficando tentados a deixar para os políticos profissionais a tarefa de avaliar as políticas, atrofiando as habilidades democráticas da sociedade. No que concerne à igualdade, reconhece-se que a representatividade moderna adere ao sistema político à igualdade política formal, porém, mesmo assim, as desigualdades econômicas e sociais moldam a influência política, de modo que a representação competitiva tende a favorecer pequenos grupos de indivíduo com poderes. A autonomia política, que significa uma permissão de que as pessoas vivam de acordo com as regras que criam a si mesmo, não é alcançada pelo sistema de representação competitiva. No sistema de representação

competitiva os resultados políticos são o reflexo da capacidade de mobilização, apoiado por eleitores ou dinheiro, de acordos complexos na criação de leis, representando uma barganha de interesses.

O modelo de sistema representativo surge aliado à democracia liberal, forma de representação política para manter a união entre liberdades, homem e mercado (capitalismo), o que, de um lado, foi elementar para promover a libertação das pessoas de estruturas hierárquicas, hereditárias, promovendo a iniciativa individual. Ocorre que, aliado ao problema da representação competitiva, a aproximação das ideias liberais faz do mercado própria personificação do homem. Por ela, os indivíduos são descritos como seres racionais, guiados pela maximização de seus interesses e que atuam no mundo político de maneira basicamente instrumental. É a ideia de mercado aplicado ao campo político. (MOUFFE, 2007, p.17-20) Compreende-se assim porque Rousseau (2019, p.17-20) aponta que na atualidade sofre a democracia de um problema: ela foi reduzida somente ao sistema de representação e ao mercado. Esse efeito foi fundamental para o aumento das desigualdades e o distanciamento do político.

Definitivamente, a representação e o mercado não são democracia, pois não produzem mecanicamente a democracia.

Para Jacques Rancière (2007, p.47), a democracia jamais pode ser uma forma jurídico-política (forma de Estado), mas isso não quer dizer que seja indiferente a seu respeito, somente que dizer que o poder do povo está sempre mais além ou mais aquém dessas formas. Mais aquém pois essas formas não podem funcionar sem se referir ao poder daqueles

que fundam e negam o poder dos eleitos: é essa a igualdade que é necessária ao funcionamento dessa máquina que por natureza é não igualitária. Mas além porque a máquina governamental é reapropriada, gerando uma lógica de distinção entre público e privado. Desde que os governos são obrigados a figurar-se como instâncias do comum da comunidade, existe uma esfera pública, uma esfera de encontros e conflitos entre a lógica daqueles que fundam o poder e não podem governar e dos que governam. A prática de todo governo é estreitar a esfera pública e tornar o assunto privado. A democracia, longe de ser uma forma de vida de indivíduos voltados a sua felicidade própria, é o processo que luta contra essa privatização da esfera política, contra a repartição do público e privado que assegura a dupla dominação da oligarquia no Estado e na sociedade.

A proposta aqui não é de buscar, pelo sistema representativo, refazer os elos cortados entre cidadãos e políticos. É necessária uma verdadeira ruptura com esse sistema representativo; mudança que, porém, não implica o fim do princípio de representação, o qual continuará sendo fundamental para a perspectiva da democracia radical (ROUSSEAU, 2019, p.31-32) e, como bem mostrado, é necessária a mobilização institucional e sua preservação para a proposta democrático-radical.

RUPTURA NECESSÁRIA DO SISTEMA REPRESENTATIVO: BASES PARA UMA NOVA PROPOSTA DEMOCRÁTICA

Rousseau (2019, p.160) traz uma importante percepção sobre a democracia: democracia é uma ideia-força, uma ideia

de natureza indefinida, dada a dificuldade de uma definição, porém, é fácil identificar o local onde ela está ausente: o que falta nesse espaço é a prática de direitos fundamentais. Toda a estrutura institucional pode estar presente, porém, sem a experiência dos direitos fundamentais, o indivíduo não se torna cidadão. É nesse sentido que a democracia radical se volta especificadamente à defesa dos direitos dos grupos e contra às formas de subordinação, o que ficará claro no correr do texto. Touraine (2001, p.80), em semelhança, aponta que o que dá especial tonalidade popular à democracia é opor um princípio de igualdade às desigualdades sociais. Realiza-se uma inversão das hierarquias sociais em nome da igualdade de direitos, transformando a ordem social. A igualdade de direitos, nota-se, perde sua razão de ser se não traduzida a igualdade fática, ao contexto social.

A democracia radical não é o desenvolvimento, uma superação da democracia representativa. A democracia radical é uma verdadeira ruptura com o sistema representativo, e não um projeto progressista daquela, como, por exemplo, tradicionalmente se trata a passagem da democracia representativa para a participativa. Essas diferenças ficam nítidas sobre os princípios de legitimidade das democracias:

Enquanto o princípio político da democracia representativa é a representação-fusão o da **democracia contínua é a representação-separação**. Enquanto o princípio jurídico da democracia representativa é o povo-nação, o da **democracia contínua é a dupla identidade do povo**: corpo político e conjunto de cidadãos concretos. Enquanto o princípio sociológico da democracia representativa é o Estado-nação, o da **democracia contínua é a sociedade de indivíduos**. (ROUSSEAU, 2019, p.23)

Os princípios de legitimidade ficam nítidos em dois grandes discursos do sistema representativo. A representação-fusão é um sistema amorfo, pois na medida em que o representante é eleito, ocorre como uma fusão junto ao político, que passa a falar pelo povo. Essa construção vem de uma antiga ideia que enxerga no povo uma multidão disforme, incompetente para governar, vendo no representante, naturalmente mais culto, alguém que possui as ferramentas da razão que lhe permite determinar os melhores modos de legislar e administrar. O que muda para a representação-separação é que não existe fusão, de forma que muda a atuação do representado: na representação-fusão será silenciosa, na democracia radical será a de quem quer continuar a falar e a agir. O segundo discurso do sistema representativo é a redução do povo à nação: um ser político, que para se expressar precisa dos representantes, e não o povo concreto, o que por muito excluiu mulheres e hoje exclui os estrangeiros. (ROUSSEAU, 2019, p.37-43) A democracia radical, ainda, indo além do Estado-nação, aceita e absorve a tensão entre o povo-corpo-político (Estado) e o povo-todos-em-cada-um (indivíduo), pois fundamentam a dinâmica da democracia, mantendo aberto o debate sobre os direitos humanos. (ROUSSEAU, 2019, p.67)

A tradicional forma do Estado, com sua afirmada democratização pela separação de poderes teve como condão melhorar a qualidade democrática da esfera estatal, e não da sociedade. Não basta a democratização do Estado e o sufrágio universal. A democracia radical busca uma nova visão da separação de poderes. (ROUSSEAU, 2019, p.75-84)

O mando representativo e a fusão dos corpos não são os elementos principais do princípio da representação, mas são tão somente produtos de circunstâncias históricas que formam o que hoje se tem como sistema representativo. Por esse ângulo, é possível compreender porque o vínculo entre Constituição e Estado é histórico, ou seja, transitório, se amolda com o tempo; o vínculo entre Constituição e sociedade sempre existiu e existirá. A representação coloca dois corpos em cena, o representante e o representado, que não podem ser fundidos. Os representantes têm o dever de governar desenvolvendo espaço de prerrogativas dos representados, enquanto os representados devem reivindicar seus direitos. (ROUSSEAU, 2019, p.44-46)

Não existe democracia que não seja representativa e a eleição do governante seria vazia de sentido se estes não fossem capaz de expressar demandas, reações e protestos formulados pela sociedade social. Porém, esses agentes políticos são capazes de representar os interesses e os projetos dos atores sociais? Quando os atores políticos não estão submetidos a demanda dos atores sociais e perdem sua representatividade, o primeiro dano pode ocorrer, relacionado a ausência de limitação do poder, produzindo assim uma corrupção sistêmica. (TOURAINÉ, 2001, p.79-97) O povo, mais do que uma associação de indivíduos, é um acordo sobre o direito, uma associação política de cidadãos. A Constituição tanto produz o povo como um conceito jurídico com o torna pessoa física concreta, dando-lhe o direito que os transforma e fundamenta sua legitimidade para intervir em

todas as esferas: negócios, família, consumo, saúde, direito...
(ROUSSEAU, 2019, p.51-55)

Levando em conta esse conceito de povo, em detrimento da forma moderna de soberania e política, hoje se passa por uma superação da forma de Estado e de soberania. A soberania hoje deve ser da sociedade, e não do Estado. O espaço público é o princípio ativo da democracia radical, sem que haja distinção entre o espaço público e o privado. Essa distinção por muito relegou à esfera política institucional o único local de criação de regras, por meio de deliberações públicas, dentro de uma instituição, onde a razão guiaria a criação de leis racionais. A democracia radical tem o espaço público no centro, como um lugar que absorve os conflitos da vida civil e, por meio de discussão, a qual mais se assemelha a lutas do que à paz, formulam-se regras de direito. A discussão é um princípio distintivo da democracia radical. O espaço público despeja no espaço político suas propostas normativas e obriga-os a respondê-los, diferente do modelo de democracia representativa, onde o espaço político elabora de forma autônoma, por meio dos mandados representativos, as regras que despeja nos espaços públicos e civis. (ROUSSEAU, 2019, p.85-92) A percepção de Tourraine (2001, p.35-55) vai ao encontro desse modo de pensar:

Una teoría de la democracia y la justicia debe ser política, como lo exige Rawls, pero una teoría de la política no debe estar separada del análisis de las relaciones sociales y de la acción colectiva que persigue valores culturales a través de los conflictos sociales. La democracia establece mediaciones siempre cargadas de reivindicaciones entre un poder, cuyo reparto es permanentemente no

igualitario, y el recurso al derecho natural, que funda, a la vez, la voluntad de libertad e igualdad.

A primeira ruptura com o sistema representativo, destaca-se, dá-se com o controle de constitucionalidade, a atividade legislativa dos representantes não é mais imputada à vontade do povo, pois passa o povo a ser visto separado do representante. Os representantes continuam a expressar a vontade do povo, mas a fusão das duas vontades não é mecânica. O espaço dos direitos fundamentais designa o espaço de representação dos corpos dos cidadãos. Mostra que em caso de conflito, ambos os corpos podem não coincidir, prevalecendo o dos representados. O juiz constitucional inaugura uma figura que expressa a proibição de soberano por parte dos legisladores, desnudando sua posição como de meros delegados da vontade, cujo ofício é respeitar o direito dos cidadãos. (ROUSSEAU, 2019, p. 46-47)

Essa ruptura dá sentido à distinção democrática que a democracia radical traz, precisamente no questionamento contínuo sobre os direitos humanos. Tanto os regimes democráticos como os totalitários funcionam com base no direito, porém os primeiros recusam qualquer discussão sobre o direito do qual afirmam ser os detentores. Já os segundos, aceitam por uma questão de princípio, a legitimidade do debate sobre os direitos. A maior característica das democracias é deixar a questão dos direitos aberta reconhecendo o curso imprevisível dos direitos. (ROUSSEAU, 2019, p.67) O povo da democracia radical é construído e definido pelos direitos que a Constituição declara em benefício de seres físicos concretos, de modo que a Constituição, assim com-

preendida, não é um texto morto, é um ato vivo, de criação contínua de direitos, por meio do trabalho jurisdicional (ROUSSEAU, 2019, p.51-55) que tem o processo judicial amplamente democrático como vocação para nossos tempos (SANTOS, 2020, p.15-47).

Essa percepção de ruptura necessária, chegando-se ao canal de produção de direitos via judiciário, relaciona-se com o que Pierre Rosanvallon (2006, p.30-33) alcunha de *formas contrademocráticas* de poder, e de outro lado Rocha (1985) trata da *contradogmática*, em ambos, são compreendidos como ferramentas de poder dadas ao povo como reação às falhas da democracia fundada no mero sistema representativo. Historicamente, conforme criticado, a ideia de soberania manifestou-se pelo direito ao sufrágio exercido pelos cidadãos, revelando-se insuficiente para obrigar aos representantes cumprir com seus compromissos. Outros meios mais indiretos de alcançar a democracia foram buscados: os contrapoderes, formas de desconfiança frente à democracia representativa. O primeiro foi o poder de controle (vigilância, denúncia e qualificação); o segundo, de sanção e obstrução; a terceira forma de contrademocracia é o aumento do poder do povo-juiz, marcado principalmente pela judicialização da política, causado pela passividade do governo frente as demandas sociais. O direito acaba ganhando via judicialização o discurso necessário para desvelar as relações de poder na sociedade. A judicialização ganha forma metapolítica considerado superior às eleições porque produz resultados mais tangíveis.

Assim, manifestações contrademocráticas são modos de superar a democracia eleitoral-representativa. A contrademocracia é social pois é uma força material, resistência prática, reatividade direta, já a democracia eleitora obedece ao ritmo lento das instituições. (ROSANVALLON, 2006, p.41)

Os democratas radicais buscam a realização mais completa dos valores democráticos do que se pode atingir através das democracias convencionais (COHEN; FUNG, 2007, p.221), através de uma proposta que rompa com o sistema representativo, sem, porém, que se rompa com a estrutura formal que advém com a conquista elementar do princípio constituinte, o que não leva a pensar que a democracia radical seja apenas a representação competitiva acrescida de arranjos participativos-deliberativos. Essa visão reconhece à democracia radical forma singular de democracia, na qual a esfera pública informal e o sistema formal da democracia competitiva são transformados por conexões e arranjos participativos-deliberativos na resolução de questões políticas. (COHEN; FUNG, 2007, p.234-235)

Entretanto, o modelo de sociedade que triunfa na América Latina e na Europa *dessocializa* a violência e o conflito, exteriorizando-os como o mal da sociedade. Observa-se a proeminência de um medo que cria uma ameaça nas classes médias e alta, fazendo com que uma parcela marginalizada da população seja vista como uma classe perigosa. A democracia, assim, é debilitada quando reduz em excesso e gravidade os problemas dos quais deve ocupar-se. (TOURAINÉ, 2010, p.79-97)

DEMOCRACIA RADICAL E SEUS CONTORNOS

Aponta Mouffe (1993, p.14-16) que a democracia radical surge no confronto das duas principais direções teóricas da política, com o fim de se evitar o risco do retorno ao populismo ou a uma forma de fascismo. À esquerda, é possível verificar a perda da identidade e que, ao não pensar em termos de adversário, busca um inimigo de forma desesperada para lhe devolver a aparência de unidade. À direita, por sua vez, visualiza-se que o triunfo do modelo liberal-democrático, encarnação do direito e da razão, fez com que os liberais ficassem desorientados com a multiplicação de conflitos étnicos, religiosos, identitários que, via de regra, por seu governo, já não mais deveriam existir. Muitos liberais, com o fim do marxismo, compreenderam que não mais precisaram lidar com o antagonismo político, de modo que a moral e o direito ocupariam o lugar da política, por meio de um consenso racional que não conhece exclusão.

Segundo a autora, a identidade democrática precisa ser redefinida, pois, seja de uma ou outra perspectiva, ambas buscam erradicar o antagonismo, quando na verdade o antagonismo (relação com inimigo) deve ser transformado via instituições em “agonismo” (relação com adversário), transformando o inimigo em adversário (não em amigo), como prática democrática de abordagem dos conflitos que emergem. Se faz necessário a construção de uma política democrática cujo objetivo não seja a de erradicar o poder, mas multiplicar os espaços em que as relações de poder estariam abertas para a contestação democrática. Segundo Mouffe (1993, p.16-18), o adversário deve ser visto como

um adversário de legítima existência que deve ser tolerado. Suas ideias serão combatidas, mas jamais não-ouvidas ou negado seu direito de defender-se. Essa proposta surge na medida em que a democracia está em perigo tanto pelo déficit de consenso sobre suas instituições e de adesão aos valores que representa e quando o espaço público democrático é debilitado diante de identidades essencialista ou de valores morais não negociáveis. (MOUFFE, 1993, p.16-18)

A proposta segue uma abordagem de um socialismo liberal. (LACLAU; MOUFFE, 1987) A referência ao socialismo e ao liberalismo tem uma dupla importância: a referência ao socialismo, no sentido de igualdade, não é o bastante para explicar a diversidade de lutas democráticas hoje existentes nas sociedades ocidentais. Lutas contra o racismo, sexismo e outras formas de subordinação exigem a ampliação do campo da igualdade, pois os novos movimentos sociais, de forma inédita, são libertários, assim como muitas lutas pelo reconhecimento das diferenças movimentam-se pelo campo ora da igualdade, ora da liberdade.¹ A experiência do socialismo ao redor do mundo, porém, demonstrou os problemas da ausência de liberdade e a necessidade de articular, junto, igualdade e liberdade. Para traduzir esse novo cenário, é

¹ Vivimos, por un lado, en un mundo de mercados cuyos productos nos atraen más por la utilidad que esperamos de ellos que por la pertenencia a una cultura y una sociedad a las que simbolizarían y, por el otro, nos replegamos en una o varias identidades, étnica, sexual, nacional, religiosa o simplemente local. Entre el universo del mercado y el de las identidades se extiende un agujero negro allí donde antaño brillaban las luces de la vida social y política. Hablar de socialización, de integración social, de participación en la vida política ya no corresponde a la experiencia observable. Lo cual impone una inversión de perspectiva: en lugar de creer que las instituciones pueden crear un tipo de personalidad, es a ésta a quien pedimos que haga posibles y sólidas unas instituciones democráticas. (TOURAINÉ, 2001, p.169-199)

necessário um pluralismo que relacione a diversidade das lutas por igualdade e liberdade, o que poderia ser chamado *democracia radical*, pois reconhece instituições liberais e propõe novo uso dos termos liberdade e igualdade nelas. (MOUFFE, 1993, p.23-25)

DEMOCRACIA RADICAL E PROJETO DO SOCIALISMO LIBERAL

Mouffe (1993, p.40-42) destaca em toda a sua obra que uma individualidade plural e democrática exige uma filosofia que se afasta tanto de um fundamento racional de democracia e de uma resposta às perguntas relativas a natureza dos assuntos políticos sobre o melhor regime. A democracia radical é um projeto dentre tantos, uma estratégia que nos faz abandonar o universalismo abstrato da ilustração, a concepção essencialista da totalidade social e o mito do sujeito unitário. Ou seja, deixa claro que a proposta de democracia radical não pretende ser a melhor e nem a única resposta à filosofia política, como muitas teorias pretendem. Segundo a Autora (1993, p.18), a democracia não é algo natural e evidente para o qual tende o homem, mas algo improvável e incerto. A crítica ao racionalismo feita pela democracia radical é importante, pois mostra o desafio constante de um regime democrático em oposição aos modelos de inspiração kantiana de harmonia e reconciliação.

Não podem as questões políticas serem assuntos técnicos destinados à resolução por representantes/*experts*/técnicos, pois implicam em decisões que requerem a opção por alternativas em conflito. Entretanto, a filosofia política liberal, à parte alguns autores mais progressistas, e

sua hegemonia, negam o caráter do antagonismo político, centrando-se num enfoque racionalista e individualista, incapaz de reconhecer a natureza das identidades coletivas. Esse liberalismo não reconhece a natureza pluralista do mundo social e os conflitos que ocorrem, para os quais não existem uma solução racional. A perspectiva de mundo liberal defende que vivemos em um mundo no qual existem diversos valores e perspectivas que vinculados constituem um conjunto harmonioso e não-conflitivo. Os indivíduos são descritos como seres racionais, guiados pela maximização de seus interesses e que atuam no mundo político de maneira basicamente instrumental. É a ideia de mercado aplicado ao campo político. Diferente da defesa do liberalismo, que a especificidade da política seria superar os outros/nós, o que se busca com a democracia é traçar a distinção entre eles/nós, de forma que seja compatível com o reconhecimento do pluralismo. (MOUFFE, 2007, p.17-20)

Sen (2011a, p.12), tece interessantes críticas à estrutura social construída pela tradição deontológica na teoria da justiça, partindo de que uma importante peculiaridade de seus escritos em comparação com outros escritos sobre justiça residiria no fato de aderir à discussão traços não ocidentais, por ser a abordagem ocidental muito limitada pelo paroquialismo. (SEN, 2011a, p.12) Sen aponta que não é possível uma resposta universal para o que seria uma sociedade justa, pois os princípios (igualitarista, libertário ou utilitarista, por exemplo) variam muito a depender da situação, não havendo princípios capazes de responder a todos os problemas sociais, (SEN, 2011a, p.32-34) não se

descartando que podemos ser capazes de concordar prontamente a injustiça nas fomes coletivas persistentes, em exclusões do acesso ao atendimento médico, a tortura de prisioneiros organizada pelo governo, ou a prisão arbitrária de pessoas acusadas sem acesso a processos judiciais. Por isso que uma teoria da justiça não precisa de uma resposta para o que seria uma sociedade justa. (SEN, 2011a, p.98-101)

A injustiça sempre foi deixada de lado pelas principais teorias da justiça, que acreditam que a justiça é o normal e o instrumento adequado para controlar a injustiça, mesmo que as injustiças ocorram todos os dias no marco de sistema de governos estabelecidos sem que haja protestos. É evidente que a justiça primária silencia e justifica as injustiças. (SHKLAR, 2013, p.53) Compreender a democracia somente de forma institucional, tendo como lugares adequados à deliberação sobre o bem comum as assembleias – onde se discute e legisla, as jurisdições supremas – que averiguam a conformidade das deliberações, e as esferas do Estado onde se tomam decisões é limita-la, purifica-la. É nesses lugares que existe um consenso de que há pouco a ser deliberado. (RANCIÈRE, 1996, p.9-10) Definir a justiça de modo estreito, reduzir a fala das pessoas, sempre foram modos de legitimar as desigualdades. Tanto um governo inativo é ofensivo em termos individuais porque os débeis e vulneráveis são abandonados a sua sorte, como o paternalismo que reduz nossa liberdade de procurarmos nossa noção de bem. (SHKLAR, 2013, p.187-190)

Os críticos ao regime democrático (antidemocratas) surgem, os quais apontam que a sociedade hoje é demasiada

consumista de direitos. Esses críticos, porém, esquecem-se de perceber e criticar as oligarquias financeiras e estatais que movimentam e dão vida às injustiças. Essa confusão operada torna a palavra “democracia” um operador ideológico que despolitiza as questões da vida pública para torná-las “fenômenos sociais”, ao mesmo tempo em que nega as formas de dominação que estruturam a sociedade. (RANCIÈRE, 2007, p.77) O atual ódio à democracia não depende de nenhum destes modelos e seus porta vozes estão em todos os países que declaram ser democratas: nenhum reclama de uma democracia mais real e não se compadecem das instituições que pretendem tomar o poder do povo. É do povo e de seus costumes que tem pena, não das instituições de seu poder: a democracia não seria uma forma de governo corrompida, mas uma crise da civilização que afeta a sociedade e, por isso, o Estado. Esse novo sentimento antidemocrático propõe uma visão mais perturbadora da fórmula: o governo democrático é mal quando se deixa corromper pela sociedade democrática que quer que todos sejam iguais e que diferenças sejam respeitadas (ex. casamento gay). A democracia somente seria boa quando mobiliza os indivíduos da sociedade com a energia da guerra que defende os valores civilizatórios.

A democracia radical, por seu turno, expõe a tensão que há entre consenso e dissenso, apontando que ali localiza a democracia pluralista, pela qual se reconhece o papel da divisão e do conflito apresentados em uma semântica contextual gestado em uma sociedade complexa. É necessário a multiplicação de práticas, instituições, discursos, que modelam a individualidade democrática para consolidar o

consenso sobre as instituições democráticas. Não se trata de adesão de princípios universais, mas um exercício da democracia nas relações sociais nascidas de contextos e da complexidade social.

DEMOCRACIA RADICAL E UM NOVO CONCEITO DE CIDADANIA E IDENTIDADE POLÍTICA

A cidadania defendida tradicionalmente é a identidade política com a coisa pública. Com a democracia radical é possível um novo conceito de cidadão, onde mais do que um status legal, trata-se de uma nova forma de identificação. O cidadão não pode ser mais um receptor passivo de direitos e que goza de proteção legal; a identidade política da democracia radical é uma identidade política comum de pessoas que podem manter distintas ideias do bem, porém para que, na busca de satisfação na promoção de suas ações, aceitam ser submetido a regras que prescreve a coisa pública. (MOUFFE, 1993, p.101-102 e MULLER, 2003)

Em uma democracia radical, enfatizar-se-á as múltiplas relações sociais em que se dão as relações de dominação e não de ser contestadas para se aplicar a liberdade e igualdade. O interesse comum dos diversos grupos seria essa demarcação da liberdade e igualdade a todos nas mais diferentes formas, de modo que para elegerem suas ações, devem aceitar outras, construindo-se assim uma identidade política como cidadãos democráticos radicais. Se faz necessário uma identidade política comum como cidadãos democráticos radicais, os quais operam uma interpretação democrática radical dos princípios do regime democrático liberal: igualdade e

liberdade. Essa concepção de cidadania se conecta com os debates atuais da pós-modernidade e crítica do racionalismo e universalismo. (MOUFFE, 1993, p.102-104)

Não há espaço para a cisão privado-público na democracia radical. A preocupação por liberdade e igualdade informa as ações dos cidadãos em todas as áreas da vida social. Nesse sentido, não há esfera imune, pois as dominações ocorrem em todos os níveis. A distinção entre o privado e público mantém-se como a distinção entre indivíduo e cidadão, como esferas separadas. Entretanto, não é possível delinear onde terminam os deveres como cidadão e iniciam os do político. A democracia radical e plural reconhece a impossibilidade de uma democracia completa. Seu objetivo é utilizar os recursos da tradição democrática liberal para lutar pelo aprofundamento da revolução democrática, sabendo que é interminável. Uma nova concepção de cidadania, ao lado da ideia de direitos e pluralismo, inspiração pública e preocupação ético-política, poderia resgatar a dignidade da política. (MOUFFE, 1993, p.104-105)

DEMOCRACIA RADICAL E REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA

A democracia radical é, mormente, uma revolução democrática, como outras já presenciadas na história. A grande importância dessas revoluções é inaugurar um discurso que permita considerar as desigualdades como antinaturais, sendo esta a forma subversiva do discurso democrático.

Segundo Laclau e Mouffe (1987, p.254-261) as primeiras revoluções democráticas designam o fim de uma sociedade do tipo hierárquica e desigual, na qual a política não pode-

ria ser mais que a repetição das relações hierárquicas que reproduziam o sujeito subordinado. A primeira forma de revolução democrática foi a revolução francesa, por meio da qual é afirmado o poder absoluto do povo. A declaração de direitos do homem proporciona as condições discursivas que permitem considerar as formas de desigualdade como ilegítimas. Com as críticas à liberdade política, os discursos socialistas passam a deslocar a crítica para o campo da desigualdade econômica, o que conduzirá a subjetivação de novas formas de subordinação e reivindicação de novos direitos, de forma que no século XIX emergem lutas radicalmente anticapitalistas.

É errôneo, na continuação do que os Autores defendem, compreender que essas etapas de direitos já foram superadas, como se a história adviesse por uma linha tendencial que vai a uma sociedade homogênea, onde o potencial antagonico é dissolvido. No século XX, o *welfare state* destaca o caráter arbitrário das relações de subordinação, criando terreno para novas equivalências igualitárias, uma expansão à revolução democrática, o que é visto pelas novas formas de identidade política, os novos movimentos sociais que desafiam a filosofia política de hoje.

A democracia radical busca aprofundar a revolução democrática, conectando as distintas lutas, o que demanda a criação de novas posições subjetiva. As lutas não convergem espontaneamente e, para estabelecer as equivalências democráticas é necessário um sentido comum que transforme a identidade de diferentes grupos, para que possam articular a exigências deles com a dos outros: para que a defesa

dos interesses dos trabalhadores não atrapalhe os das mulheres, dos imigrantes ou dos consumidores, é necessário estabelecer uma equivalência entre essas diferentes lutas. Somente assim essa série de lutas contra o poder tornam-se democráticas. Nesse quadrante, se faz necessário um conceito de direitos democráticos que ainda que pertençam ao indivíduo, somente são exercidos de maneira coletiva, pressupondo assim a existência dos mesmos direitos aos outros. (MOUFFE, 1993, p.39)

DEMOCRACIA RADICAL E NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Os movimentos sociais surgem em um cenário pós *welfare state*, o qual inaugura uma nova função ao Estado. O Estado de bem-estar foi necessário para cumprir uma série de funções requeridas pelo novo regime de acumulação pós-guerra, como a destruição dos sistemas de solidariedade tradicional de tipo comunitário e familiar, que força o Estado a intervir com serviços sociais e, devido as lutas obreiras, o Estado intervém também na política do trabalho. Essas intervenções, porém, são acompanhadas de burocratização crescente nas práticas do Estado, que junto à mercantilização constituem umas das fontes fundamentais de desigualdade e conflitos, criando um sem número de antagonismos. A criação de espaços públicos não ocorre por uma verdadeira democratização, mas pela imposição de novas formas de subordinação, momento em que surgem diversas lutas contra as formas burocráticas do poder estatal. (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.266-271)

Os novos movimentos sociais designam assim uma série de lutas diversas, como urbana, ecológica, antiautoritária, feministas, antirraciais, etc., de modo que por estes movimentos se articula a difusão da conflitividade social a relações mais e mais numerosas, características das sociedades industriais avançadas e pós-industriais. Nesse sentido, a democracia radical preocupa-se em levar a revolução democrática aos movimentos sociais, que configuram uma nova série de relações sociais. Coloca em questão as novas formas de subordinação. (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.262-263)

Continuam os Autores (1987, 272-280) que numa atmosfera de pluralismo, as identidades várias encontram em si o princípio de sua validade, de modo que a autoconstituíbilidade de cada um é o resultado do deslocamento do imaginário jurídico. É no âmbito discursivo da revolução democrática que proliferam novos antagonismos e direitos. O modo que os direitos serão definidos e as formas que as lutas adotam contra a subordinação não estão estabelecidas de forma unívoca. O feminismo e a ecologia existem em diversas formas, que dependem do modo como o antagonismo é constituído. Essas novas lutas, assim, não tem um caráter progressivo, pois não há posição privilegiada a partir da qual transformará a sociedade no conjunto. Todas as lutas têm um caráter parcial, cujo centro é a resistência às novas formas de subordinação, e podem ser articuladas por diferentes discursos, inclusive discursos totalitaristas e populistas, discursos com marca antidemocrática. É o caráter polissêmico de todo o antagonismo que faz com que seu sentido dependa de uma articulação hegemônica, na medida em que o terreno das

práticas hegemônicas se constitui pela ambiguidade fundamental do social.

O Estado de bem-estar possui, assim, uma ambiguidade: emerge a democracia social, ampliando significativamente a esfera de direitos; porém, paralelo, a mercantilização e burocratização das relações sociais. Nos dois grandes temas do imaginários democráticos, liberdade e igualdade, a igualdade historicamente prevaleceu, porém, com as demandas por autonomia, a liberdade ganha uma centralidade maior. Muitas demandas hoje não se dão de forma coletiva, mas por um crescente individualismo. O que marca todas as reivindicações, é o antagonismo. (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.266-271)

DEMOCRACIA RADICAL E ANTAGONISMO/PLURALISMO

A vida política sobrevive pelo antagonismo, pois diz respeito à formação de identidades coletivas, construindo o nós em um contexto de diversidade e conflito, não por meio de um consenso sem exclusão – pois isso consistiria em um nós sem eles -, mas sim em uma discriminação entre nós e eles que resulte compatível com o pluralismo. (MOUFFE, 1993, p.11-13) Esse pluralismo representa toda a complexidade social gerada em seus contextos.

A exterioridade constitutiva revela o que está em jogo na construção da identidade. O objetivo desse termo é destacar o fato de que a criação de uma identidade implica estabelecer uma diferença, construída sob a base de uma hierarquia (mulher e homem). Toda identidade, assim, é relacional, construída pela percepção do outro (exterioridade). O “nós”

só existe com a demarcação “deles”. Essa demarcação, porém, não significa que a relação se dê entre inimigos, porém essa relação pode sempre tornar-se antagonica, quando se questiona a identidade deles como ameaça a sua existência. O antagonismo nunca é erradicado de uma sociedade, pois o político é, sobretudo, nossa condição ontológica. (MOUFFE, 2007, p.22-23) O político refere-se ao nível ontológico e a política ao ôntico: o primeiro diz respeito à ciência política, por cuidar dos fatos da política, e o segundo à teoria política, por cuidar da essência do político. Alguns percebem o político como um espaço de liberdade e deliberação, outros como o espaço de poder, conflito e antagonismo, tal como é abordado pela democracia radical. (MOUFFE, 2007, p.15-16)

O deslocamento das posições do sujeito – condição de emergência de um antagonismo-, dá-se por duas variantes fundamentais. Primeiro, podem ser relações de subordinação já existentes e que, graças ao deslocamento do imaginário democrático, é rearticulada como relação de opressão, como é o caso das mulheres e dos negros. O antagonismo pode também surgir de outras circunstâncias, quando direitos adquiridos são postos em questão, ou quando relações sociais não constituídas como subordinação começam a ser em razão de transformações sociais. Em ambos os casos, existe um exterior discursivo que impede estabilizar a subordinação como diferença. (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.261-262)

Conforme exposto no tópico anterior, as novas lutas e a radicalização de lutas mais antigas, como a das mulheres, devem ser vistas por uma dupla perspectiva de transformação das relações sociais, como característica da nova formação

pós-guerra e do deslocamento das áreas da vida social do imaginário igualitário democrático. Surgem novas formas de subordinação e reivindicação de novos direitos. Assim, a emergência dos novos antagonismos e sujeitos políticos está ligado a expansão e generalização da revolução democrática, em que pese para alguns setores seja visto como uma reivindicação nociva de igualdade e de prática de reivindicação excessiva de direitos. A proliferação dos antagonismos mostra a fragmentação do sujeito unitário das lutas sociais, o que mostra o reconhecimento da pluralidade social, o que não é precisamente um momento negativo, mas o terreno que faz possível um aprofundamento da revolução democrática, abandonando a categoria de sujeito como entidade unitária e transparente. É nesse terreno que a democracia plural e radicalizada encontra as primeiras condições de sua apreensão, no momento em que se aceita a impossibilidade de se reconduzir o sujeito a um princípio unitário. (LACLAU; MOUFFE, 1987, p.272-280)

O conflito legítimo, assim, deve adotar forma que não destrua a associação política, de forma que exista um vínculo entre as partes em conflito para não tratarem os oponentes como inimigos a serem erradicados, percebendo a demanda do outro como ilegítima. Para isso é necessário transformar o inimigo em adversário. (MOUFFE, 2017, p.26-28) Dentro da comunidade política democrática deve haver espaço para o pluralismo; o *demos* não deve buscar ser homogêneo. (MOUFFE, 2007, p.21)

Desse modo, na medida em que se pensa o político como a possibilidade sempre presente do antagonismo, é necessário

reconhecer a ausência de um fundamento último, admitindo-se a natureza hegemônica de todos os tipos de ordem social e que a sociedade é o produto das práticas pela qual se busca estabelecer ordem num contexto de contingência. O social é o campo das práticas sedimentadas, somente parte de toda sociedade possível, o político são as possibilidades de se questionar as práticas sedimentadas. O social é, assim, o poder constituído por relações que lhe dão forma; e não uma forma natural reflexo do sentido comum, mas sim o resultado de práticas sedimentadas. Todo o social, ou seja, o poder político sedimentado, exclui outras possibilidades, mas elas podem ser reativadas pelo político. Toda ordem hegemônica pode ser desafiada por novas práticas que instauram nova forma de hegemonia. (MOUFFE, 2007, p.24-25)

A democracia radical tem como centro reconhecer nas instituições uma necessidade política. Mesmo que aparentemente pareçam palavras com sentidos antagônicos, dado que instituição manifesta o imobilismo e a ordem, e a democracia manifeste liberdade, desordem e movimento, é por meio da energia contínua da democracia que as instituições ficam vivas. Isto é, por meio de debates públicos e da experiência democrática, o que revela ser a democracia uma experiência viva de pessoas. (ROUSSEAU, 2019, p.184-185)

O SISTEMA JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E OS ESTÍMULOS DA DEMOCRACIA RADICAL: POR UMA ÉTICA DEMOCRÁTICA DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO

De forma particularmente interessante, Laclau e Mouffe (1987, p. 250-254) abordam como a conflitividade que

emerge na sociedade hoje deve ser absorvida pelo sistema político. Apontam os Autores que a conflitividade não está presente em agentes aprioristicamente privilegiados, como as classes, senão a todo o substrato que, marcando distintas posições do sujeito, comportar-se-ia como resistência. Em todo o lugar que há poder e opressão, existe resistência, as quais podem ter as mais diversas formas. Como uma relação de subordinação (agente submetido às decisões de outro) passa a ser de opressão (dominação, subordinação ilegítima) e se torna, portanto, sede de um antagonismo? Nem toda a subordinação cria opressão, de fato, o que determinará a subordinação é a *formação discursiva distinta*. Servo e escravo não designam em si posições antagônicas, é somente em termos de uma formação discursiva distinta que a positividade diferencial dessas categorias pode ser subvertida e a subordinação vista como opressão. Não há, assim, relação de opressão sem a existência de um exterior discursivo no qual o discurso da subordinação pode ser interrompido. Por exemplo, no caso das mulheres, até o século XVIII o discurso que as construía como sujeitos as fixava em uma posição subordinada, de modo que o feminismo como luta contra subordinação não poderia existir. Somente no momento em que o discurso democrático passa a estar disponível para articular as diversas formas de resistência à subordinação, existirão condições para se lutar contra os diferentes tipos de desigualdade.

É evidente, assim a conexão dos direitos com a sociedade. Conforme exposto, a conexão da sociedade com a Consti-

tuição sempre existirá e deve ser fortalecida pelas práticas democrático-revolucionárias.

A revolução jurisdicional, ou melhor de um processo jurisdicional democrático (SANTOS, 2020, p.15-47) que hoje assistimos corresponde à democracia radical, pois esta reconhece aos juízes um papel decisivo na fabricação da vontade geral, devido ao distanciamento com o político-legislativo causado pelo atual sistema representativo. Nesse sentido, são necessárias regras éticas que acompanhem os magistrados, a produção dos juízos, na busca de qualidade deliberativa das decisões. O primeiro é o dever de fundamentação das decisões judiciais, partindo-se do princípio que o julgamento não é aplicar silogisticamente à lei. O juiz deve expor o processo argumentativo que o levou a manter uma interpretação ao invés de outra. O segundo princípio é o princípio do contraditório. A decisão judicial só pode ser construída por troca de argumentos, de forma paritária. O terceiro princípio é o da publicidade dos debates judiciais. O último princípio é o da colegialidade, por meio do qual a decisão deve ser deliberada. (ROUSSEAU, 2019, p.152-153) Para Rosanvallon (2006) para um juízo justo, cinco características/elementos devem estar presentes: a) as condições de justificação; b) a relação com a tomada de decisão; c) a posição na ação; d) a forma de teatralidade; e) a maneira de relacionar-se com a particularidade.²

A ética democrática deve ser presente na construção do direito hoje, seja pela via legislativa ou judicial. O exercício da responsabilidade implica render contas das próprias

² Para mais, ver em p.226 e ss.

ações, seja em um tribunal ou na frente dos eleitores. (RO-SANVALLON, 2006, p.226) A distinção democrática está precisamente no questionamento contínuo sobre os direitos humanos. Tanto os regimes democráticos como os totalitários funcionam com base no direito, porém os primeiros recusam qualquer discussão sobre o direito do qual afirmam ser os detentores. Já os segundos, aceitam por uma questão de princípio, a legitimidade do debate sobre os direitos. A maior característica das democracias é deixar a questão dos direitos aberta reconhecendo o curso imprevisível dos direitos. A tensão entre o povo-corpo-político e o povo-todos-em-cada-um é que dá as tensões que fundamentam a dinâmica da democracia, mantendo aberto o debate sobre os direitos humanos (ROUSSEAU, 2019, p.67) e possibilitando que sejam formas discursivas desveladoras da opressão, unindo direito e contexto social.

CONCLUSÃO

A democracia radical consiste em interessante e relevante proposta para a filosofia política de hoje, pois coloca em xeque as debilidades das principais teorias políticas defendidas e praticadas no ocidente. Conhecer-la é fundamental para uma crítica atual tanto à teoria política como aos teóricos da justiça. Particularmente, sempre tive afeição pela abordagem democrático-radical, pois a proposta tem uma preocupação maior em abordar o contexto social e lidar com as complexidades inerentes da natureza humana, do que teorizar sobre uma normativa ideal às sociedades.

A ideia de democracia radical não se reduz a uma simples participação de todos, pois a história bem demonstra que a apelação ao povo deixa de ser democrática quando passa por cima dos atores sociais e de suas relações e colocam o Estado, como agente voluntarista, por cima daqueles. Os regimes autoritários sempre invocam a desorganização dos atores sociais, debilidade dos sindicatos, corrupção ou divisão de partidos, e utilizam a invasão estrangeira ou ameaça econômica para justificar suas ações. Esse apontamento demonstra que para a democracia existir é necessário um forte vínculo junto a atores sociais constituídos. Por isso a democracia não se reduz a vitória de um campo social ou político ou ao triunfo de uma classe determinada.

A democracia não é uma forma de Estado, mas um fundamento de natureza igualitária cuja atividade pública contraria a tendência do Estado de monopolizar a esfera pública e despolitizar a população.

A democracia radical, para o direito, é de grande importância, pois conecta às pretensões jurídicas dos diferentes grupos como condição de democraticidade. Na medida em que a democracia radical expõe que o conflito está presente em todo substrato, pois as relações de poder e opressão estão dissipadas por todo o social e são incessantemente criadas, a formação discursiva distinta atua como um exterior discursivo no qual o discurso da subordinação pode ser interrompido. Nesse sentido, a prática democrática de participação, discussão, deliberação e acesso à esfera pública desvelam via direitos as mais diversas formas de opressão. Essa dinâmica social é o marco da democracia plural, uma

democracia sempre em movimento e cujo centro é a dinâmica social.

REFERÊNCIAS

COHEN, Joshua; FUNG, Archon. Democracia Radical. **Política & Sociedade**, nº 11, 2007, pp.221-237.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonía y estrategia socialista**. Hacia una radicalización de la democracia. Madrid: Siglo XXI, 1987

MOUFFE, Chantal. **El Retorno de lo Político**. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós 1993.

MOUFFE, Chantal. **En Torno a lo Político**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

MOUFFE, Chantal. O Desafio Populista. **IHU**, N.º 508, ano XVII, 2017.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

RANCIERE, Jacques. **El odio a la democracia**. Tradução Eduardo Pellejero. Morelia: Jitanjáfora, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003; ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

ROSANVALLON, Pierre. **La Contrademocracia**. La politica en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a democracia**. Proposições para uma refunção. São Leopoldo: Unisinos, 2019.

SANTOS, Paulo Junior Trindade. **Filosofia do direito processual** (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito. Tomo II. 1^a ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011a.

SHKLAR, Judith. **Los rostros de la injusticia**. Barcelona: Herder, 2013.

TOURAINÉ, Alain. Derecho del hombre, representatividad, ciudadanía. Em: **Democracia**: una idea nueva. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

O DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM E O CONCEITO DE MÉRITO DESENVOLVIDO POR JOHN RAWLS

Robison Tramontina
Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz

INTRODUÇÃO

O conceito de mérito desenvolvido por John Rawls, na obra “Justiça como Equidade: uma reformulação” é compreendido como uma concepção política e não moral de justiça. Isso implica na ideia de que os talentos naturais de uma pessoa, embora sejam de sua propriedade, detém, também, um viés coletivo, visto que a sua distribuição é considerada um bem comum.

No entanto, para que as pessoas dotadas de talento possam distribuí-los, tornando-os, de fato, um bem comum, Rawls ressalta que é necessário que sejam treinadas e educadas para tanto e é, especificamente nesse momento, que surge a problemática deste trabalho, que busca verificar se a teoria das capacidades de Martha Nussbaum é capaz de estabelecer um diálogo com a concepção de mérito de Rawls.

Explicando melhor a problemática: será que é possível estabelecer uma relação entre a distribuição dos talentos naturais, tal como descrita por Rawls, com a teoria das capacidades humanas de Nussbaum?

Para responder o problema proposto, o desdobramento argumentativo seguirá três etapas: 1. Conceituar o mérito na teoria da justiça por equidade de John Rawls; 2. Percorrer a os principais argumentos da teoria das capacidades de Martha Nussbaum e 3. Por fim, verificar se é possível estabelecer um diálogo entre as duas teorias.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que utilizando a técnica de coleta de dados, leitura e interpretação de textos publicados em diversos meios.

O MÉRITO NA TEORIA DA EQUIDADE DE JOHN RAWLS

Na obra “Justiça como equidade: uma reformulação” (2003), “retificar as falhas mais graves de Uma teoria da justiça”. A retificação que mais interessa a esse artigo é a terceira mudança, referida por Rawls (2003) já no prefácio da “Justiça como equidade: uma reformulação”, quando ele relata que a partir desta obra passa a compreender que a teoria da justiça como equidade deve ser entendida como uma concepção política de justiça e não como parte de uma doutrina moral abrangente.

Mas em que consiste essa mudança? Qual sua importância para a compreensão da teoria da justiça como equidade e para a compreensão do conceito de mérito cunhado por Rawls (2003)? Essa resposta emana da própria teoria da justiça como equidade quando, no § 20, o autor aborda a questão das “Expectativas legítimas, direito e mérito”.

No entanto, antes de passar a analisar essas mudanças e a própria concepção de mérito, serão expostos alguns dos

conceitos chave da teoria de Rawls para que seja possível compreender melhor a temática proposta.

Ao abordar o papel da justiça Rawls (2000, p.4) estabelece algumas premissas das quais parte sua teoria e são elas: a) cada pessoa, com base na justiça, goza de uma inviolabilidade, de forma que a liberdade de um não pode ser sacrificada pelo bem dos outros; b) os direitos não podem ser negociados pela política ou por interesses sociais.

Após apresentar as premissas o autor cunha seu conceito de sociedade e a define como “[...] uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas.” (RAWLS, 2000, p. 4))

Na sociedade, a fim de determinar a forma como vai ocorrer a divisão de vantagens e a distribuição dos benefícios e encargos da cooperação social é necessário estabelecer alguns princípios da justiça social, pois, para que uma sociedade seja bem-ordenada ela tem que ser regulada por uma concepção pública de justiça, que tem como pressupostos: a) que todos aceitem e saibam que os demais também aceitam os mesmos princípios de justiça; e b) que as instituições sociais básicas satisfaçam esses princípios. (RAWLS, 2000, p. 5)

Nesse contexto as instituições são consideradas justas quando não fazem uma distinção arbitrária ao atribuir direitos e deveres básicos e quando as regras mantém um equilíbrio adequado entre as reivindicações concorrentes das vantagens da vida social. (RAWLS, 2000, p.6)

Ainda mais, para que uma sociedade seja viável, além do consenso sobre as concepções de justiça é preciso que haja compatibilidade entre as expectativas legítimas e que haja a consecução de fins sociais de forma eficiente e coerente com a justiça. Uma concepção de justiça precisa considerar não apenas o seu papel distributivo, mas também a amplitude de suas conexões. (RAWLS, 2000, p. 6-7)

Na concepção do autor, a justiça tem como objeto primário a estrutura básica da sociedade, que consiste no modo como as instituições mais relevantes (constituição política e principais acordos econômicos e sociais) fazem a distribuição de direitos e deveres fundamentais e como determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Logo, uma concepção de justiça básica deve fornecer um padrão que permita avaliar os critérios distributivos de uma sociedade e, para que isso seja possível os princípios da justiça compõe uma parte importante do ideal social e o conceito de justiça se define a partir da atuação destes princípios na atribuição de direitos e deveres e divisão adequada de vantagens sociais. (RAWLS, 2000, p. 7-11)

Após definir as bases da concepção de justiça básica Rawls (2000, p. 12) desenvolve a ideia central dos princípios de justiça e os concebe como parte da estrutura básica da sociedade, cuja base emerge do consenso original, cujos princípios são aceitos pelas pessoas livres e racionais em uma posição inicial de igualdade (justiça como equidade).

Nessa posição inicial os princípios de justiça são escolhidos sob o véu da ignorância, de modo que, hipoteticamente, as pessoas que os definem não conhecem seu lugar na so-

cidade, sua posição ou classe social, tampouco os dotes e habilidades que vão dispor. Desse modo, os consensos sociais se tornam equitativos e as pessoas aceitam as circunstâncias e se auto impõem as obrigações. (RAWLS, 2000, p. 13)

Após essa exposição inicial é possível afirmar que a justiça como equidade é composta de duas partes: a posição original e os princípios que seriam consensualmente aceitos.

Quando busca justificar a posição original, que é o *status quo* apropriado para assegurar que os consensos básicos sejam aceitos, Rawls (2000, p. 19-21) argumenta que os princípios adotados não podem ser influenciados por concepções individuais e não devem ser adaptados a questões pessoais. Cada pessoa, na escolha dos princípios, age racionalmente e sem consciência de ser favorecido ou desfavorecido pelas contingências naturais.

Depois de compreender a posição original e o véu da ignorância, o próximo conceito apresentado é o do equilíbrio reflexivo que, na teoria de Rawls (2000, p. 23) consiste em avanços e recuos que conduzem à alteração do acordo original e/ou modificações de juízos, que podem representar a revisão dos julgamentos sempre no sentido de tornar possível atingir a concepção de posição original (que sempre é hipotética).

Até aqui alguns conceitos foram explicados, mas nada se falou a respeito de quais seriam os princípios da justiça que compõem a base da teoria Rawlsiana. Pois bem, vamos a eles: o primeiro princípio é o das liberdades básicas e o segundo é o das desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de forma que, ao mesmo tempo, sejam van-

tajosas a todos e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2000, p. 64)

A ordem nas qual os princípios são expostos deve obedecer a regra de precedência, considerando que as violações de liberdades não podem ser compensadas com vantagens sociais e econômicas. Não é possível renunciar a liberdade em troca de benefícios sociais e econômicos. (RAWLS, 2000, p. 64-65)

Quando fala das vantagens para todos, Rawls (2000, p. 70) faz um esquema das três interpretações possíveis: liberdade natural, igualdade liberal e igualdade democrática.

O princípio da eficiência, ligado à primeira interpretação (liberdade natural) somente pode ser aplicado às expectativas dos homens representativos. Uma sociedade somente será eficiente se for impossível mudar os direitos e expectativas dos homens representativos sem diminuir a expectativa de alguém. (RAWLS, 2000, p. 74-75)

Num sistema de liberdade natural a distribuição da renda e da riqueza é resultado de acumulações anteriores de talentos e habilidades naturais e que todas as pessoas tenham disponibilidade para utilizá-lo, independentemente do seu lugar inicial na estrutura.

Para que a justiça não fique nas mãos da sorte do acaso Rawls (2000, p. 76-77) desenvolve a interpretação liberal dos dois princípios de justiça, que trata da criação de condições estruturais básicas capazes de eliminar as barreiras de classe, a exemplo de escolas públicas de qualidade.

Para que as desigualdades satisfaçam o princípio da diferença Rawls (2000, p. 83) traça duas linhas de raciocínio: o

esquema perfeitamente justo, segundo o qual as expectativas dos menos favorecidos estão maximizadas e nenhuma mudança nas expectativas dos mais favorecidos podem afetar os menos favorecidos e o caso em que as expectativas dos mais favorecidos contribuem para o bem estar dos menos favorecidos, as expectativas mais elevadas dos favorecidos elevam as expectativas dos menos favorecidos, esquema este totalmente justo, mas com uma organização que não é a mais justa.

Rawls (2000, p. 86-87) aborda a ligação em cadeia dos benefícios, demonstrando que quando as contribuições positivas das vantagens daqueles que ocupam uma posição privilegiada se espalham por todas camadas, o princípio da diferença tem consequências semelhantes aos princípios da eficiência e da utilidade média.

Para a teoria da justiça como equidade de Rawls (2000, p. 90), a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos, onde a estrutura básica é formada por um sistema de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos com o fim de produzir mais benefícios e direitos. Os direitos são alcançados a partir do que as pessoas se comprometem a fazer. (RAWLS, 2000, p. 90)

Os princípios da justiça (liberdades básicas e desigualdades sociais) buscam regular as desigualdades decorrentes da estrutura básica da sociedade que favorece alguns em detrimento de outros. (RAWLS, 2000, 101)

O ponto de partida dos princípios da justiça são as posições sociais relevantes, mitigados os efeitos do acaso natural

e da contingência social. Somente é permitido se beneficiar das contingências se o benefício reverter em favor de todos. (RAWLS, 2000, p. 106)

Assim, pensando especificamente nos dotes que uma pessoa tem, eles somente se tornam aceitáveis em virtude de que ela deve conduzir suas habilidades de modo a contribuir para o interesse comum. (RAWLS, 2000, p. 344)

O mérito moral, sob esse viés de abordagem, não exige que todas as pessoas tenham as mesmas coisas, implica que cada um, de acordo com os princípios da justiça, recebam o que é seu por direito. (RAWLS, 2000, p. 345)

Rawls (2003, p. 103-106), apesar de não rejeitar o conceito de mérito moral, sugere que para fins da teoria da justiça distributiva, deve ser aplicada a ideia de expectativa legítima. Para tanto, deve-se compreender que uma estrutura básica que satisfaça o princípio da diferença não deve recompensar as pessoas pelo lugar que elas ocupam na distribuição (ideia de mérito moral), mas sim por aprimorar e treinar seus talentos a fim de poder contribuir com os demais, já que a distribuição de talentos natos de uma pessoa é considerada um bem comum.

Na busca de uma solução para que as pessoas menos dotadas e as mais dotadas (que possuem talentos naturais) possam se reconciliar é necessário incluir no princípio da diferença a ideia de reciprocidade, de forma que os mais dotados desenvolvam suas habilidades e possam contribuir com os menos dotados, criando uma ideia de vantagem mútua.

Em relação ao princípio da diferença, no § 18 Rawls (2003, p. 89) esclarece sua concepção de diferença quando menciona

que a desigualdade de ganhos e salários é importante para a justiça como equidade, especialmente pelo fato de que as pessoas que ganham mais contribuem mais, o que permite cobrir os gastos com investimentos em educação, por exemplo. De forma mais clara, é possível concluir que o princípio da diferença é a base da cooperação, pois conduz a sociedade a desejar o ponto mais alto da curva da cooperação.

Por essas razões, a justiça distributiva não visa inibir as desigualdades sociais e econômicas, pelo contrário, entende que as desigualdades são necessárias, especialmente para o funcionamento do Estado Moderno, baseado na economia industrial, no entanto, as desigualdades somente são permissíveis quando conseguem “satisfazer a condição de beneficiar aos outros como a nós mesmos”. (RAWLS, 2003, p. 91)

Rawls (2003) entende, portanto, que o mérito está ligado à uma concepção política e não moral de justiça e que, apesar dos talentos naturais serem da pessoa, sua distribuição passa a ser considerada bem comum, fazendo com que as pessoas menos dotadas possam se beneficiar dos talentos dos mais dotados o que gera, por consequência, uma espécie de reconciliação e aceitação das diferenças.

Mas, para que as pessoas possam desenvolver seus talentos, a ponto de distribuí-los e torná-los bem comum, é necessário que elas tem condições de desenvolvê-los e é, justamente nesse ponto, que se torna imperioso adentrar à análise da teoria das capacidades de Martha Nussbaum (2012), em virtude de que Rawls não aprofunda, em sua teoria, a forma pela qual é possível desenvolver os talentos.

A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

No prólogo da obra “Criar capacidades: proposta para el desarrollo humano”, Martha Nussbaum (2012)¹ lança a ideia de que a qualidade de vida das pessoas não está diretamente ligada ao Produto Interno Bruto (PIB) de seu país, isso porque, o PIB faz um média da renda geral, o que, de certa forma, maquia a realidade das pessoas.

No contexto da teoria das capacidades humanas, utilizar o PIB para saber o que realmente as pessoas são capazes de fazer e quais, de fato, são as oportunidades que as pessoas tem, não parece ser a melhor escolha. Por essa razão, Martha Nussbaum (2012), desenvolve a teoria das capacidades que busca focar na análise das capacidades individuais e não baseada em índices generalistas, que não são capazes de demonstrar a realidade das pessoas.

Dentre as sugestões trazidas por Nussbaum (2012) para o desenvolvimento das capacidades, a primeira delas é que a política mude sua perspectiva e passe a focar, além do desenvolvimento econômico, também no desenvolvimento humano.

O foco no desenvolvimento econômico é o grande problema que assola a teoria das capacidades, isso porque as políticas públicas, sejam elas dos países ricos ou pobres, estão

¹ Martha Nussbaum é uma das mais influente filosofas contemporâneas. É membro do Comitê de Estudos de Sudasiáticos e ocupa a cátedra de Direito e ética no Departamento de Filosofia da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. É autora de diversas obras, entre as principais: Os limites do patriotismo, A terapia do desejo, O cultivo da humanidade, As fronteiras da justiça e Criar capacidades: uma proposta para o desenvolvimento humano. Em 2012 ganhou o Prêmio Príncipe de Astúrias de Ciências Sociais. (Link de acesso: <https://www.planetadelibros.com/autor/martha-c-nussbaum/000004507>)

atreladas ao PIB, ao rendimento da nação como um todo, sem observar a qualidade de vida individual das pessoas. Ou seja, os dados econômicos que embasam as políticas públicas não refletem a realidade da vida das pessoas, especialmente em virtude da grande disparidade na distribuição de renda. (NUSSBAUM, 2012, p. 32-33)

Ciente desse problema central, que é o foco na renda e não nas capacidades individuais e na busca de apresentar uma solução a essa questão Nussbaum (2012, p.40) desenvolve a tese central da teoria das capacidades que tem como foco a imprescindibilidade de se promover a aproximação entre a qualidade de vida de cada pessoa, considerada individualmente e a justiça social básica, no sentido de garantir que todas as pessoas tenham à sua disposição um conjunto de oportunidades que serão levadas a cabo de acordo com sua autodeterminação.

Conceitualmente, Nussbaum (2012) estabelece três tipos de capacidades: a) as centrais; b) as internas e c) as básicas.

Inicialmente, para que as pessoas possam desfrutar desse conjunto de oportunidades, **é imprescindível que disponham de condições para desenvolver suas** habilidades pessoais e essas condições tem uma relação de dependência com o entorno político, social e econômico e, a essa relação de interdependência, Nussbaum (2012) dá o nome de “capacidades combinadas”, que consistem nas oportunidades disponíveis, dentro do contexto social, político e econômico em que a pessoa está inserida.

Nesse mesmo sentido Sen (2010) ressalva que as liberdades civis e políticas são “elementos constitutivos básicos”,

na medida em que delas decorre a expansão das capacidades das pessoas que, por consequência, influenciam as políticas públicas.

O desenvolvimento das capacidades conduz, portanto, à ideia de que os indivíduos, com a expansão de suas capacidades, se tornam agentes, no sentido da palavra cunhado por O'Donnell (2004) segundo o qual agente é uma pessoa dotada de razão prática, que emprega sua capacidade para eleger as opções que se coadunam com seus objetivos, com aquilo que desejam para si. A partir desta perspectiva, cada indivíduo se torna sujeito de direitos com autonomia para fazer suas escolhas e por elas responder, já que as escolhas devem ser feitas de forma racional, a fim de possibilitar uma relação moral entre os interesses individuais e dos demais indivíduos que compõe a sociedade.

Aliadas às capacidades combinadas estão as “capacidades internas”, que são as características pessoais, tais como personalidade, habilidades, emoções, que também são importantes para o desenvolvimento da teoria das capacidades de Nussbaum (2012) e são desenvolvidas por meio da educação, saúde e amparo psicológico.

Logo, para fins de teoria das capacidades, as capacidades combinadas consistem na junção das capacidades internas com as condições sociais, políticas e econômicas, a fim de garantir, ao final, maior efetividade do desenvolvimento das capacidades, pois, se assim não o for, há risco de falha no desenvolvimento. (NUSSBAUM, 2012)

As capacidades internas não se confundem com do desenvolvimento humano, tendo em vista que este se refere

às faculdades inatas das pessoas que, posteriormente, serão desenvolvidas. Às faculdades inatas é atribuído o nome de capacidades básicas. Ressalta-se que essas capacidades básicas não são genéticas, mas sim dependem da nutrição materna e da experiência pré-natal. (NUSSBAUM, 2012)

A todas pessoas deveria ser garantido o desenvolvimento das capacidades básicas, independentemente de suas habilidades natas. Ou seja, mesmo as pessoas que detêm menor grau de desenvolvimento cognitivo, devem ter a oportunidade de aprimorar suas capacidades. (NUSSBAUM, 2012)

O funcionamento é outra face da capacidade básica, é a sua materialização, que decorre dos seres e fazeres. (NUSSBAUM, 2012)

As políticas públicas, para ser efetivas, devem garantir que as pessoas possam escolher seu estilo de vida, materializando-o. Políticas públicas que apenas fomentam um estilo de vida, sem dar condições para que as pessoas possam escolher, não tem efetividade e, portanto, não servem para desenvolver as capacidades. Por exemplo: dizer que todos têm direito a se alimentar não é o mesmo que garantir, efetivamente, alimento a todas as pessoas, pois, aqueles que não tiverem acesso ao alimento não poderão desenvolver suas capacidades, uma vez que não podem escolher se desejam se alimentar ou não. (NUSSBAUM, 2012)

Nussbaum (2012) estabelece quais são as capacidades centrais: vida, saúde, integridade física, sentidos, imaginação e pensamentos, emoções, razão, vida em sociedade, relação com os animais e controle sobre o entorno.

O foco das capacidades são as pessoas, de forma individualizada e não os grupos, pois, o objetivo é evitar a confusão entre a satisfação do grupo ao qual pertencem e a satisfação pessoal. Em outras palavras, as capacidades trabalhadas por Nussbaum (2012) tem como foco o indivíduo e não o grupo no qual ele se insere.

Nussbaum (2012) o ideal é que todas as capacidades centrais sejam protegidas, no entanto, sabe-se que haverá algumas escolhas trágicas, pois, diante das dificuldades, os governos optarão por garantir algumas capacidades em detrimento de outras. Essas escolhas não significam a anulação de algumas capacidades, pelo contrário, possibilitam uma análise crítica do sistema, a fim de verificar quais são as medidas que podem ser adotadas para que, no futuro, seja possível melhorar as capacidades ou até mesmo ampliar o rol de capacidades a ser implementadas pelo Estado.

Nussbaum (2012) elege, dentre o rol das capacidades básicas, as que lhe parecem mais importantes: a afiliação e a razão, pois segundo a autora, garantem a liberdade de escolha e, conseqüentemente, o funcionamento das demais capacidades.

Considerando que não existe um governo mundial, resta evidente que o sistema constitucional de cada Estado, seja ele escrito ou baseado em princípios, irá tutelar as capacidades centrais considerando suas peculiaridades culturais, o que acaba culminando numa teoria parcial da justiça social que, ao invés de buscar uma solução para todos os problemas sociais, busca garantir um mínimo social amplo,

que garanta o desenvolvimento das capacidades básicas. (NUSSBAUM, 2012)

Uma das formas que os Estados dispõem para proteger as capacidades básicas é inseri-las na Constituição e criar árduos mecanismos para sua alteração e propiciar meios para que os cidadãos possam acessar o Poder Judiciário para sua tutela quando forem desrespeitadas. (NUSSBAUM, 2012)

Além disso, devem ser desenvolvidas as capacidades férteis, que são aquelas que impulsionam as demais, como a educação e a propriedade, em detrimento das desvantagens corrosivas, que são as privações, aflições e violências. (NUSSBAUM, 2012,)

A economia do desenvolvimento deve ser levada a sério, como algo de extrema importância, pois, é com base nos seus resultados que serão tomadas as decisões políticas. (NUSSBAUM, 2012)

Índices oficiais de renda e riqueza podem ter certa utilidade para as estatísticas de um Estado, mas, seguramente, não são suficientes para demonstrar a real situação das pessoas, especialmente no que diz respeito à sua condição de vida, inclusão social e respeito das suas liberdades. Por exemplo: uma sociedade onde a riqueza é distribuída de forma igualitária pode tolher a liberdade religiosa de seu povo. Então, para o desenvolvimento das capacidades, deve se ter atenção a todos os enfoques das capacidades e não apenas aos econômicos. (NUSSBAUM, 2012)

A criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) têm contribuído para o desenvolvimento de outros índices específicos para medir outras capacidades, como a questão

do empoderamento, o desenvolvimento humano considerando o gênero, entre outros. Estes novos índices são meios de tentar medir capacidades específicas, que, na maioria das vezes contradizem os índices meramente econômicos, ou seja, em que pese não seja possível medir de forma específica a capacidade de cada pessoa, individualmente, é possível que sejam feitas análises menos generalistas do desenvolvimento, que possibilitarão o desenvolvimento de políticas públicas mais conectas com a realidade. (NUSSBAUM, 2012)

DIÁLOGO ENTRE O CONCEITO DE MÉRITO DE JOHN RAWLS E A TEORIA DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

A proposta deste trabalho, que é verificar a possibilidade de um diálogo entre o conceito de mérito de John Rawls (2003) e a teoria das capacidades de Nussbaum (2012), nasceu em decorrência da leitura do § 21 da obra “Justiça como Equidade”, intitulado “Sobre os talentos naturais como um bem comum”. Neste parágrafo, ao tratar dos talentos natos das pessoas, Rawls (2003, p. 224), não deixa dúvidas de que, os talentos constituem capacidades que, para sua efetiva realização, ou seja, para que se tornem socialmente úteis e possam, dessa forma, beneficiar os menos favorecidos, dependem de condições sociais que propiciem seu estímulo e desenvolvimento.

Apesar de poder propor a problemática a partir da teoria das capacidades de Sen (2003), que também desenvolve o tema, optou-se, neste trabalho, pela teoria das capacidades de Nussbaum (2012), em virtude de que o enfoque desta autora

está estritamente ligado aos direitos humanos, enquanto o primeiro autor está mais atrelado à questão econômica.

Outro fator importante que contribuiu para a adoção da teoria de Nussbaum (2012) em detrimento de Sen (2010) foi o fato de que a autora emprega o método de Rawls (2003) na forma de justificação política de sua teoria, baseada no equilíbrio reflexivo², segundo o qual a justificação somente é possível mediante o debate entre os interlocutores e não por meio de indivíduos solitários.

Logo, diante da afinidade que a própria Nussbaum (2012) demonstra ter com a teoria de Rawls (2003), é que se propõe um diálogo entre a teoria das capacidades e o conceito de mérito.

Em que pese a teoria das capacidades de Sen (2010) não ter sido empregada como teoria de base neste trabalho, é impossível compreender o tema proposto sem fazer referência a Sen, por isso, por vezes será necessário recorrer as suas ideias, sob pena de enfraquecer o debate.

Após justificar a escolha da teoria base, cabe agora enfrentar a problemática: é possível estabelecer um diálogo entre a teoria das capacidades de Martha Nussbaum e o conceito de mérito desenvolvido por John Rawls?

Em “Justiça como equidade” Rawls (2003) questiona se é possível as pessoas deixarem de ver como algo ruim a diferença na distribuição **de talentos naturais, bem como**

² De acordo com Rawls (2003), p. 41: “Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de nossas faculdades da razão e senso de justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto: ou em que pelo menos não temos nenhum interesse evidente para não fazê-lo, uma vez que as tentações costumeiras estão ausentes.”

se é possível uma reconciliação entre os menos e os mais favorecidos.

Em resposta o autor parte da posição original³, onde os representantes dos cidadãos livres poderiam concordar com o princípio da diferença e, partir da ideia de reciprocidade criar uma ideia de vantagem mútua onde os mais dotados devem treinar seus talentos naturais e utilizá-los para contribuir para o bem dos menos favorecidos. (RAWLS, 2003)

Sen (2010), quando tece algumas críticas ao utilitarismo, faz uma relevante consideração acerca dos menos favorecidos no sentido de que, por instituto de sobrevivência, acabam **não tendo** coragem de exigir aquilo que desejam e se conformam com a situação em que se encontram, por isso a necessidade de desenvolvimento das capacidades, por meio de fatores econômicos e sociais, que acabam empoderando as pessoas para que possam fazer suas escolhas.

Na visão de Sen (2010), as pessoas que compõe os grupos minoritários e historicamente menos favorecidos, por não dispor de condições suficientes para desenvolver suas capacidades, aceitam a condição em que estão sem reagir, por não dispor de meios para fazê-lo.

³ A posição original é um procedimento de representação onde, em primeiro lugar, são consideradas as condições equitativas (aqui e agora) para um acordo de cooperação social e, em segundo lugar, consideram-se as restrições razoáveis impostas (aqui e agora) à razões a serem utilizadas para defender princípios de justiça que regulem a estrutura básica. Ao avaliar os princípios na posição original, as partes devem levar em conta as consequências sociais e psicológicas do reconhecimento público por parte dos cidadãos de que esses princípios são mutuamente aceitos e que eles efetivamente regulam a estrutura básica. (p. 120-121). O véu da ignorância elimina possíveis diferenças, posto que os cidadãos estão representados por pessoas livres e iguais, o que respeita o princípio da igualdade formal.

A fim de evitar um conflito entre os menos favorecidos e os mais favorecidos é que Rawls (2003, p. 105-106) propõe encarar a distribuição dos bens naturais como um bem comum. Para isso, as pessoas menos favorecidas são recompensadas pelas mais favorecidas quando estas treinam e educam seus talentos para contribuir com o próximo. Dessa forma os talentos naturais, quando compartilhados, passam a ser considerados um bem comum e se forma um acordo entre as partes, fundado no princípio da diferença, que passam a concordar com a distribuição natural dos talentos.

No entanto, o que não resta claro na teoria de Rawls (2003) é a forma como esses talentos serão treinados e educados, uma vez que se pressupõe que para que isso ocorra as pessoas tenham a sua disposição a possibilidade de desenvolvê-los e, é justamente nesse ponto, que parece possível estabelecer o diálogo com a teoria das capacidades de Nussbaum (2012, p. 38)⁴, que tem como foco as oportunidades disponíveis para cada ser humano.

Pensando especificamente no caso dos talentos naturais, para que uma pessoa possa treiná-los e educá-los é imprescindível que ela disponha de capacidade para tanto, e o desenvolvimento dessas capacidades depende do Estado e das políticas públicas adotadas. (NUSSBAUM, 2003)

Esses talentos natos, na teoria de Nussbaum (2012), são chamados de capacidades internas, que constituem as carac-

⁴ Como o conceito de capacidades é polissêmico, neste trabalho empregou-se o conceito de Nussbaum (2012, p. 40), segundo o qual capacidade é um conjunto de oportunidades para escolher e atuar; o que vai muito além das habilidades naturais de uma pessoa, inclui também as liberdades e oportunidades criadas pelo entorno político, social e econômico.

terísticas da pessoa, tais como sua capacidade intelectual, a forma física, a personalidade, habilidades, entre outros. Essas capacidades fazem parte do desenvolvimento da pessoa e se somam às capacidades combinadas, que compreendem a soma das capacidades internas com as condições sociais, políticas e econômicas.

Dessa forma, pode se concluir que para o treinamento e educação dos talentos naturais, é imprescindível que as pessoas tenham a sua disposição condições que permitam a elas escolher a forma como vão desenvolver seus talentos e fazer a sua distribuição, tornando-os um bem comum.

Partindo da premissa de que as pessoas têm o direito de escolher a forma de desenvolver seus talentos natos e que cabe ao Estado garantir a todos, de forma, indistinta, o exercício deste direito, de que forma o Estado poderá proporcionar isto às pessoas? Esta talvez seja a pergunta chave deste trabalho e não há uma única e definitiva resposta a esta questão.

Nussbaum (2012) propõe que 'Estado deve promover áreas para o exercício da liberdade que possibilitem às pessoas escolher aquilo que melhor se adequa às suas escolhas pessoais, ou seja, deve possibilitar que as pessoas exerçam sua condição de agente.

Para tanto, Nussbaum (2012) descreve uma lista de capacidades mínimas que devem ser garantidas pelo Estado: vida, saúde física, integridade física, sentidos, imaginação e pensamento, emoções, razão prática, aflição, convívio com outras espécies animais, atividades recreativas e controle sobre o próprio entorno.

O exercício desse rol de capacidades mínimas que devem ser garantidas a todas as pessoas constitui o núcleo essencial para que os talentos naturais possam ser desenvolvidos e compartilhados com os menos favorecidos a fim de constituir um bem comum.

Imaginemos uma pessoa que nasce com talento para a música, se ela não tem acesso a instrumentos musicais, não poderá escolher desenvolver seu talento, tampouco poderá compartilhar ele com os demais.

A questão do mérito pessoal vai muito além de nascer com certas habilidades, requer uma atuação concreta do Estado que possibilite às pessoas ter a sua disposição a condições de desenvolver suas habilidades.

Dentro da ideia aqui desenvolvida é possível concluir que é dever do Estado, seja qual for a cultura, pois a ideia desenvolvida por Nussbaum (2012) é de cunho universalista⁵, garantir a todas às pessoas o desenvolvimento de suas capacidades, inclusive, com vistas ao desenvolvimento dos talentos naturais das pessoas, que constituem o mérito desenvolvido por Rawls (2003).

A cada Estado, de forma individual e com base na soberania que detém, cabe buscar a forma pela qual o desenvolvimento das capacidades será concretizado, posto que não existe uma forma única de fazê-lo. Certamente a criação e incorporação de um rol de direitos fundamentais a ser inseridos nas Constituições de cada Estado, representa um

⁵ O pensamento universalista tem como premissa o fato de que algumas condições são comuns a todos os seres humanos, independentemente da cultura em que estão inseridos, o que possibilita concluir que existem valores universais, sobre os quais todas as pessoas convergem. (LEÓN, 2011).

passo inicial, mas, para sua efetivação, é necessário que se vá além, é preciso criar mecanismos internos que garantam a cada pessoa o exercício da sua função de agente.

Para fins de conclusão, é possível estabelecer um diálogo entre Rawls (2003) e Nussbaum (2012), a fim de que a teoria da justiça como equidade, especificamente na parte que aborda o **mérito**, seja complementada pela teoria das capacidades, a fim de contribuir para que se alcance maior efetividade no que tange à aplicação dos princípios básicos de justiça estabelecidos por Rawls.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente estudo foi, a partir do conceito de mérito desenvolvido por Rawls (2003), na obra *Justiça como Equidade*, propor um diálogo com a teoria da Capacidade de Martha Nussbaum (2012).

O problema central desta investigação foi verificar se é possível estabelecer uma relação entre a distribuição dos talentos naturais, tal como descrita por Rawls (2003), com a teoria das capacidades humanas, de Nussbaum (2012)

Para responder o problema proposto o desdobramento argumentativo seguiu três etapas: 1. Analisou-se o conceito de mérito na teoria da justiça por equidade de Rawls (2003); 2. Apresentou-se a teoria das capacidades de Nussbaum (2012) e 3. Foi apresentada a proposta de diálogo entre as duas teorias de base do trabalho.

As etapas do trabalho foram organizadas de forma que fosse possível apresentar ao leitor conclusões que vão permitindo compreender a temática a partir de uma leitura di-

dática do problema. Para sintetizar as conclusões alcançadas no estudo, serão apresentadas na ordem em que aparecem no desenvolvimento do texto:

1) na concepção de Rawls (2003) o princípio da diferença pressupõe uma estrutura básica que não recompense as pessoas pelo lugar que elas ocupam na distribuição de bens, mas sim por aprimorar e treinar seus talentos a fim de poder contribuir com os demais;

2) para que haja uma reconciliação entre os menos e os mais favorecidos, Rawls (2003) sugere que o princípio da diferença seja analisado a partir da ideia de reciprocidade, criando uma ideia de vantagem mútua, segundo a qual, apesar dos talentos naturais serem da pessoa, sua distribuição passa a ser considerada bem comum, fazendo com que as pessoas menos dotadas possam se beneficiar dos talentos dos mais dotados o que gera, por consequência, uma espécie de reconciliação e aceitação das diferenças;

3) a tese central da teoria das capacidades de Nussbaum (2012) que tem como foco o indivíduo e a justiça social básica, com vistas a proporcionar que todas as pessoas tenham à sua disposição um conjunto de oportunidades que serão levadas a cabo de acordo com sua autodeterminação;

4) O desenvolvimento das capacidades, de acordo com a teoria de Nussbaum (2012) conduz, à ideia de que os indivíduos, com a expansão de suas capacidades, se tornam agentes, pessoas com capacidade para eleger as opções que se coadunam com seus objetivos, com aquilo que desejam para si;

5) Fazendo uma aproximação das duas teorias de base desse trabalho é possível concluir que para que uma pessoa possa treinar e educar seus talentos é imprescindível que ela disponha de capacidade para tanto, e o desenvolvimento dessas capacidades depende do Estado e de políticas públicas hábeis adotadas a criar um terreno fértil e propício para o exercício das capacidades mínimas que devem ser garantidas a todas as pessoas e que constituem o núcleo essencial para que os talentos naturais possam ser desenvolvidos e compartilhados com os menos favorecidos a fim de constituir um bem comum.

As conclusões expostas demonstram que o as teorias de Rawls (2003) e Nussbaum (2012) são passíveis de dialogar a fim de que a ideia de mérito desenvolvida por aquele seja complementada pela teoria das capacidades desenvolvida por esta.

Com base no exposto, conclui-se que, mais do que o diálogo entre as teorias, é necessária a adoção de políticas públicas, bem como debates públicos, incluindo representantes das mais diversas parcelas da sociedade, no intuito de se propor formas distintas de fazer com o rol de capacidades mínimas propostas por Nussbaum (2012) seja efetivamente garantido a todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

LEON, Henry Antonio Romero. **Supuestos universalistas y supuestos relativistas**: una mirada a la discusión política contemporánea. Pap.polit., Bogotá , v. 16, n. 1, jun. 2011 . Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092011000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

NUSSBAUM, Matha C.. **Crear capacidades**: Propuesta para el desarrollo humano. Madrid: Paidós, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. In: BROWN, Mark Malloch; DIABRÉ, Zéphirin. **La democracia en América Latina Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos**: El debate conceptual sobre la democracia. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.a., 2004. p. 9-82.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A CAPACIDADE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Aletya Dahana Rollwagen
Rosalice Fidalgo Pinheiro

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional cooperativo corresponde ao paradigma proposto por Peter Häberle, que identificou uma mudança estrutural nos Estados Nacionais, superando o modelo tradicionalmente fechado de Estado.

Peter Häberle identificou que, após as guerras mundiais, voltou-se a atenção para a necessidade de proteção de direitos humanos e resolução pacífica de conflitos. Nesse contexto, os Estados passaram a adotar uma estrutura aberta para fora (relações internacionais) e para dentro (pluralismo).

No contexto atual, esse paradigma proposto por Peter Häberle está ainda mais presente, em razão da ampliação das relações internacionais e do reconhecimento de que as sociedades são plurais.

A partir dessa concepção de estrutura estatal nacional aberta, propõe-se verificar os impactos da produção normativa internacional cooperativa no âmbito da legislação nacional interna, tendo como parâmetro a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Para demonstrá-los,

escolhe-se a capacidade jurídica da pessoa com deficiência e seu ingresso no direito interno com *status* de norma constitucional determinando a interpretação da legislação infraconstitucional.

Entretanto, o modo como a Lei 13.146/2015 recepcionou a capacidade da pessoa com deficiência, surge um déficit de proteção, que é interpretado pela doutrina, ora como condição de capacidade relativa, ora como atentatória ao paradigma da autonomia. Delineia-se, então, o objetivo de questionar a capacidade da pessoa com deficiência como um direito humano e fundamental no contexto do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, que parte da teoria sobre Estado Constitucional Cooperativo desenvolvida por Peter Häberle, como contexto de recepção da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seus impactos no direito interno.

Na primeira parte do artigo analisou-se o ideal de Estado Constitucional Cooperativo e suas implicações nas relações internas e internacionais dos Estados.

Na segunda parte, foram apontadas as discussões sobre a incorporação de normas do direito internacional e sua relação com as normas de direito interno, para então tratar da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência segundo o rito previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

Na parte final, delinearão-se as influências da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamen-

to jurídico brasileiro, para além da hierarquia constitucional que lhe foi atribuída. Para demonstrá-la, retrata-se a capacidade como um direito humano e fundamental estabelecido pela Convenção, recepcionada pela Lei 13.146/2015.

O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A ABERTURA PARA OS DIREITOS HUMANOS

A abertura, cooperação e integração são fundamentos da Constituição que, no contexto atual de Estado Constitucional Cooperativo, orientam a interpretação constitucional frente aos desafios da abertura para fora e para dentro. Esse novo formato estatal deu novos sentidos às concepções de soberania e política¹, assim como ao direito internacional e constitucional, que passaram da coexistência à cooperação².

Entre 1977 e 1978 Peter Häberle desenvolveu o chamado “paradigma do ‘Estado Constitucional Cooperativo’”, como a superação do Estado Nacional fechado de outrora, e em oposição aos modelos de Estado totalitários, individualistas e “selvagens”³.

Mesmo nessa época, o autor apontava que não se tratava de uma possível forma que o Estado Constitucional assumiria no futuro, pois ele identificava que o Estado já havia

¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 129.

² MALISKA, Marcos Augusto. A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios as Estado Constitucional Cooperativo. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2007, p. 7020. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

³ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-8.

se conformado com essa “forma necessária de estatalidade legítima do amanhã”⁴.

Os Estados estavam assumindo esse modelo, pois o constitucionalismo que surgiu ao final da Segunda Guerra Mundial compreendia a abertura da ordem constitucional⁵. O Estado Constitucional, marcado pela limitação jurídica do poder público por meio de princípios constitucionais, é o tipo ideal de Estado da sociedade aberta⁶.

Da abertura da Constituição para dentro (pluralismo) e para fora (comunidade internacional) decorre a cooperação, sendo esta impossível sem aquela⁷.

Em 1919, a cooperação foi prevista no Estatuto da Liga das Nações, como um objetivo da Liga. Na Carta das Nações Unidas, que surge após a Segunda Guerra Mundial, a cooperação assume o papel de meio para solução de problemas sociais, culturais e humanitários, buscando a garantia de paz⁸.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi expressamente reconhecido que a cooperação internacional é necessária para a realização dos direitos humanos. A ONU passou a trabalhar não apenas em busca da “paz negativa”, mas também da “paz positiva” por meio da justiça social⁹.

A abertura para fora é justificada, nesse contexto, pela necessidade de proteção dos direitos humanos e solução pacífica de conflitos. “O reconhecimento institucional da abertura para fora da ordem constitucional implica uma

⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 5.

⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 19.

⁶ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 6.

⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 12.

⁸ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 24-25.

⁹ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 36-37.

abertura do sistema jurídico interno à ordem jurídica externa”, pelo reconhecimento de decisões externas como fonte de legitimação do Estado Constitucional¹⁰.

Para Peter Häberle, a democracia pluralista, os direitos fundamentais e a divisão dos poderes delimitam juridicamente a estrutura do Estado Constitucional ocidental caracterizada por ser aberta para dentro e para fora¹¹.

Assim, esse novo modelo de Estado constitucional aberto não diz respeito somente ao que vem de fora da ordem constitucional, às relações com outros países (cooperação), mas também à estrutura interna da sociedade, em razão de sua dimensão plural, abrindo-se a questões próprias até então ignoradas¹².

A abertura do Estado Constitucional está vinculada ao direito internacional, em razão da percepção da existência de uma responsabilidade internacional decorrente do ideal-moral da adoção de políticas voltadas para a paz¹³. Essas mudanças no direito internacional provocam a cooperação como resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático¹⁴.

O Estado Constitucional Cooperativo é motivado principalmente por dois fatores: sociológico-econômico e ideal-moral. O motor da cooperação são as relações econômicas dos Estados, e os pressupostos ideais-morais são construídos por meio de direitos fundamentais e humanos¹⁵.

¹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 22-30.

¹¹ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 2.

¹² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 36.

¹³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 3-4.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 10.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 19.

A integração se identifica com a função da Constituição de “promover a integração política interna, estender a cidadania democrática a todos aqueles que estão sob a sua jurisdição”, vinculando o cidadão à unidade política, bem como a integração política em outros níveis, pela abertura da ordem constitucional¹⁶.

A integração política é fundamental para a abertura e cooperação internacional, pois é apenas nas Constituições nacionais que a democracia é “vivenciada de forma mais robusta”. Desta forma, é nas Constituições nacionais que as estruturas supranacionais encontram sua fonte de legitimação democrática¹⁷. Por outro lado, a abertura para fora fortalece a democracia em razão do duplo compromisso, interno e externo:

Se a Constituição de certa forma é avalizada externamente, ela igualmente é fonte de legitimação democrática dos processos de integração para cima. E nesse sentido, tanto os processos de integração supranacional como internacional devem levar em consideração a experiência democrática nacional, visto que ainda é no espaço democrático nacional que o princípio da soberania popular é exercido em sua plenitude¹⁸.

Mas a integração não se restringe ao aspecto político. Ela se estende também à economia e ao aspecto sociocultural. A integração econômica se apresenta em uma escala que tem início com a integração comercial (livre-troca de mercadorias), passa pela integração dos fatores de produção,

¹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 97.

¹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 98.

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 103.

pela integração positiva (de medidas político-econômicas) e por fim atinge a “integração total sob a égide política”. Essa integração econômica acaba produzindo efeitos sobre a Constituição, especialmente quando existe vinculação com organizações internacionais com relativa autonomia¹⁹.

A integração sociocultural reconhece as diferenças e elementos de identidade comuns na sociedade plural²⁰, que impõe à ordem constitucional o desafio de conciliar os interesses diversos²¹.

O modelo defendido por Peter Häberle é constituído por elementos processuais-formais e jurídico-materiais. A cooperação tem início sob o aspecto formal, com contatos pontuais, ainda que os objetivos práticos (aspecto material) sejam divergentes²².

Para Peter Häberle, “o Estado Constitucional Cooperativo vive da cooperação com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais”. O Estado não perde sua identidade por incorporar “estruturas constitucionais do direito internacional comunitário”. A ideia da cooperação quebra a doutrina dos “dois mundos”, uma vez que Estados Constitucionais e o direito internacional se influenciam mutuamente, resultando no “Direito comum de cooperação”²³.

A cooperação pode ter dois sentidos: o normativo, que compreende o compartilhamento da atividade legislativa em âmbito externo (produção compartilhada) e interno

¹⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 109.

²⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 13.

²¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 57.

²² HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 9.

²³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 9-12.

(participação de atores privados), e o sentido material, que representa a união de esforços para determinado objetivo, a exemplo da ajuda humanitária no plano externo e das parcerias entre sociedade e poder público no âmbito interno²⁴.

É nesse sentido que Peter Häberle afirma que o direito internacional e o direito constitucional interno crescem juntos, de forma que os tratados internacionais de direitos humanos não devem ser considerados para-constitucionais, mas sim parte integrante da própria Constituição²⁵.

Nesse contexto, questiona-se a distinção tradicionalmente realizada pela doutrina, segundo a qual a denominação “direitos humanos” é reservada ao direito internacional, enquanto a denominação “direitos fundamentais” é característica do direito interno. Para António-Enrique Perez Luño referida distinção é inadmissível, pois a diferença reside no grau de concreção positiva:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a ludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada²⁶.

²⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 12-13.

²⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 12.

²⁶ LUÑO, António E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 10ª ed., 2011, p. 42.

Amparada nas lições desse autor, Melina Girard Fachin aproxima direitos humanos e fundamentais, em face de sua finalidade comum: a proteção efetiva da pessoa humana. É possível afirmar que ambos convergem para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana²⁷.

No Estado Constitucional Cooperativo aquela distinção metodológica perde importância, pois, normativamente, ambos seriam “direitos básicos integrantes da ordem constitucional”²⁸. Eis que a Constituição, que irradia a legitimidade para a produção normativa, interage com outras Constituições, empenhadas na produção normativa cooperativa, o que exige que elas aceitem, em certa medida, o que vem de fora, sob pena de tornar impossível a criação de uma ordem normativa integradora²⁹.

Em mesmo sentido, não há abertura constitucional minimamente eficaz sem uma compreensão comum do significado de direitos humanos. A abertura da ordem constitucional possibilita a atualização da noção de direitos humanos conforme as exigências do desenvolvimento, a “evolução do conceito de direitos humanos no plano internacional”³⁰.

A cooperação, sob o ponto de vista normativo, implica na distinção entre a produção normativa no plano interno, no qual a vontade soberana do país é exclusiva, da produção compartilhada internacional, na qual existe um conjunto de vontades soberanas. O princípio da supremacia da Consti-

²⁷ FACHIN, Melina Girardi. *Todos os nomes e um só sentido: a aproximação dos direitos humanos aos direitos fundamentais tendo em vista sua efetivação prática*. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 3, nº 3, jan./jun. 2006, p. 68.

²⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 23-24.

²⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 18-19.

³⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 26-27.

tuição é relativizado nesta última, em razão da existência de uma estrutura aberta, na qual as condições de abertura são essenciais para determinar a constitucionalidade da norma³¹.

A abertura da Constituição para dentro caracteriza as Constituições de sociedades pluralistas, superando o pressuposto de homogeneidade do Estado Nacional que, vinculado ao sentimento de pertencimento à nação, assumiu os contornos irracionais verificados nas experiências totalitárias nazista e fascista. A afirmação das particularidades tem origem nos movimentos sociais que denunciaram a opressão às minorias, apesar das promessas de liberdade e igualdade, expandindo o debate acerca da luta por direitos em um contexto social e cultural que vai além da visão exclusivamente economicista³².

Ao contrário do Estado Nacional formado e consolidado segundo visões hegemônicas e negadoras das diferenças, o Estado Constitucional Cooperativo reconhece as diferenças e busca a igualdade de oportunidades³³.

Peter Häberle identifica avanços na constitucionalização do direito comunitário internacional em âmbito universal e regional, a exemplo do processo de integração europeu. Ele reconheceu também que a cooperação internacional não ocorre apenas entre Estados, mas também envolve organizações internacionais não estatais, a exemplo da Cruz Vermelha e da Anistia Internacional³⁴.

³¹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 62.

³² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 36-42.

³³ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 45-46.

³⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 29-47.

Peter Häberle analisa as Constituições e conclui haver uma tendência à cooperação nos textos mais recentes, seguindo uma fórmula geral, consistente na existência de um artigo preambular de inclusão na comunidade de povos, um artigo que reconhece a cooperação como tarefa, um artigo de parceria ou solidariedade, a previsão da recepção de pactos de direitos humanos, integração de normas de direito internacional, normas de interpretação e fontes do direito³⁵.

O Estado Constitucional Cooperativo deixa de lado a ideologia do monopólio da legislação e interpretação, adotando “processos complexos de legislação e interpretação com muitos partícipes”, nos quais as estruturas jurídicas e ideias de justiça influenciam a formação do direito internacional e este, por sua vez, influi no desenvolvimento jurídico interno dos Estados³⁶.

O Estado Constitucional Cooperativo é caracterizado por sua abertura e permeabilidade, por um “potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo [...] de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas”, pela solidariedade estatal de prestação. O elemento nacional é relativizado e a pessoa se torna o ponto central³⁷. O Estado nacional, portanto, deixa de ser uma unidade centrada na soberania nacional³⁸.

Diante desse contexto, passa-se à análise da forma como a concepção de Estado Constitucional Cooperativo produz efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, esco-

³⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 47-58.

³⁶ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 61-62.

³⁷ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 70-71.

³⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit., p. 7020.

lhe-se sua abertura para os direitos humanos, por meio da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 anunciou em seu preâmbulo o compromisso com a solução pacífica de controvérsias e, no art. 4º, estabeleceu como princípios que regem as relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a defesa da paz e solução pacífica dos conflitos (incisos VI e VII), e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX). Também merece destaque a previsão do §2º do art. 5º sobre a inclusão de direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Destarte, a Constituição Federal optou pelo Estado Constitucional Cooperativo, de forma que o direito constitucional precisa enfrentar os novos problemas jurídicos que essa opção acarreta³⁹, a exemplo das divergências relativas à hierarquia das normas internacionais e a sua relação com a ordem jurídica constitucional.

No tocante a relação entre direito internacional e direito interno, existem duas principais teorias. O dualismo jurídico defende que se trata de esferas distintas, que a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional não se tocam, e que o ato internacional somente produz efeitos depois de

³⁹ MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit., p. 7020.

incorporado à ordem jurídica interna. O monismo jurídico, por sua vez, compreende o direito como um todo sistêmico, do qual faria parte tanto o direito internacional como o direito interno. Essa teoria divide-se, em relação a prevalência no caso de conflitos, entre aqueles que defendem a primazia do direito internacional e aqueles que defendem a primazia do direito interno⁴⁰.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a doutrina majoritária afirma a tese do monismo jurídico com primazia do direito internacional, contudo o Supremo Tribunal Federal adota um dualismo moderado⁴¹.

Diante da possibilidade de incompatibilidade entre o texto constitucional e um ato normativo internacional, é preciso considerar que os critérios de entrada desse ato são os direitos humanos e a solução pacífica dos conflitos. A verificação da constitucionalidade de norma cooperativamente produzida, portanto, não se dá pelo confronto entre ela e a Constituição, mas pela avaliação dos critérios de entrada⁴².

Não obstante, Carol Proner e Daniel Avelar destacam que, no tocante às normas internacionais de direitos humanos, surgiram quatro posicionamentos sobre a hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro: supraconstitucional, constitucional, suprallegal e de igualdade entre tratado e lei⁴³.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 213.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 214.

⁴² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos...**, p. 62-64.

⁴³ AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011, p. 46. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/32>>. Acesso em: 07 set. 2019.

A tese da igualdade era defendida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e por constitucionalistas, sob o argumento de que a Constituição equiparava tratados internacionais e leis federais no art. 102, III, “b”, e também pela simplicidade de seu procedimento de incorporação⁴⁴.

O posicionamento do caráter constitucional fundava-se no fato do art. 5º, §2º, da Constituição Federal ter incluído os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte no rol de direitos constitucionais. No caso de conflito entre os direitos garantidos pela norma internacional e pela Constituição Federal, o critério de solução deve ser a norma mais favorável à dignidade da pessoa humana⁴⁵.

A emenda constitucional nº 45, de 2004, inseriu um terceiro parágrafo ao art. 5º da Constituição Federal, o qual alterou a forma de aprovação dos tratados internacionais: antes, a aprovação se dava por maioria simples, por Decreto Legislativo e posterior ratificação pelo Presidente da República. Agora, o §3º estabelece que os tratados que versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, caso tenham sido aprovados por três quintos dos votos, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional⁴⁶. Ao invés de resolver a questão, a emenda trouxe novos questionamentos, como a possibilidade do Congresso optar por determinado procedimento para recepção do tratado⁴⁷.

⁴⁴ SANTOS, Maria Lucia Ribeiro dos. **Estado constitucional cooperativo**: diretriz para um reflexo da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos, p. 10-12. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f-803d26ce47b9f9>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

⁴⁵ SANTOS, Maria Lucia Ribeiro dos. Op. cit., 2019.

⁴⁶ AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. Op. cit., p. 69-70.

⁴⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In:

Diante disso, a hierarquia dos tratados internacionais passou a seguir algumas diretrizes segundo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal: em geral, os tratados possuem hierarquia de lei ordinária; isso não se aplica, todavia, aos tratados internacionais em matéria tributária, que prevalecem sobre a lei por previsão expressa do art. 98 do CTN, e aos tratados em matéria de direitos humanos. Estes podem ter hierarquia constitucional, caso aprovados na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, ou hierarquia supralegal, se anteriores a EC nº45/2004 ou não aprovados segundo esse rito. Aos tratados com hierarquia constitucional cabe declaração de inconstitucionalidade apenas por violação dos requisitos formais ou violação de cláusulas pétreas⁴⁸.

Flávia Piovesan afirma que, a exemplo da Argentina, a redação da EC nº 45/2004 deveria ter estendido a hierarquia constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos⁴⁹.

A discussão sobre a relação entre normas de direito internacional e o direito constitucional não é objeto de aprofundamento no presente artigo. Ela foi apresentada superficialmente, apenas para contextualizar a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2005, Fortaleza-CE. **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2006, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 215.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

Sob a perspectiva do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela 61^a sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006, tem como propósito assegurar o pleno gozo dos direitos e liberdades fundamentais, assim como promover o respeito à dignidade das pessoas com deficiência. A Convenção provoca impacto nos ordenamentos jurídicos nacionais em diferentes ramos, pois exige dos Estados-partes a modificação de suas legislações no que contrariem a norma internacional, com o intuito de transformar as pessoas com deficiência em verdadeiros sujeitos de direito⁵⁰

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representou uma mudança de paradigma no tratamento jurídico da deficiência. As legislações nacionais tradicionalmente tratavam a capacidade como uma questão técnica, porém o direito internacional e especialmente a Convenção em comento passaram a tratar o tema como uma questão de direitos humanos, evidenciando que a capacidade é condição essencial para o exercício de direitos em igualdade de condições⁵¹.

O Brasil assinou a Convenção e seu Protocolo facultativo em 30 de março de 2007, o Congresso a aprovou em 09 de julho de 2008, seguindo o procedimento previsto no §3^o do

⁵⁰ GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertates**, n. 24, época II, p. 221-257, enero 2011, p. 222-223. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁵¹ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 223-225.

art. 5º da Constituição, e o Presidente a promulgou em 25 de agosto de 2009.

O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consagra os princípios da igualdade, não discriminação e o direito ao reconhecimento da capacidade jurídica, afirmando o direito das pessoas com deficiência serem reconhecidas como pessoas, de terem acesso ao apoio que necessitarem para o exercício de sua capacidade e a uma série de direitos patrimoniais⁵².

As pessoas com deficiência puderam efetivamente participar da elaboração da mencionada Convenção, a qual faz parte do processo histórico de aumento da preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência, iniciado no final do século XX, após muitos anos de rejeição e segregação⁵³.

O modelo social de deficiência teve origem em estudos desenvolvidos a partir da década de 1970, em especial nos Estados Unidos. Por meio dele, é feita a distinção entre a limitação do corpo ou da mente, que é um atributo intrínseco à pessoa, do conceito de deficiência, que envolve as barreiras que excluem a pessoa que esteja fora dos padrões de normalidade socialmente estabelecidos. A mudança de perspectiva acarreta o reconhecimento da responsabilidade da sociedade e do Estado na superação das restrições presentes no meio, como barreiras econômicas, culturais,

⁵² GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 225-226.

⁵³ MAIA, Maurício. Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso. *Revista da AGU*, ano XII, n. 37, p. 289-306, Brasília-DF, jul./set. 2013, p. 290-291. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 13 set. 2017.

arquitetônicas e atitudinais, pois a inclusão não acontece somente por meio da cura da deficiência⁵⁴.

O IMPACTO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO BRASILEIRO: O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À CAPACIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou originalmente a expressão “pessoa portadora de deficiência”. Contudo, a Convenção de Nova Iorque trouxe uma nova terminologia, qual seja “pessoa com deficiência”, na qual a pessoa permanece como núcleo central e tem uma deficiência, não a porta⁵⁵. Trata-se não apenas de uma mudança nominal, mas de conceitos, promovida pela abertura do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro aos direitos da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos.

Embora a Constituição de 1988 tenha promovido avanços no reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos, não trouxe sua definição, o que ficou a cargo do legislador infraconstitucional. Os Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/2004 adotaram critérios objetivos e taxativos na definição de pessoa com deficiência, com o objetivo de

⁵⁴ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na lei brasileira de inclusão. **Rev. Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 1, p. 99 - 117, jun. 2017, p. 102-103. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/303>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁵⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2011, p. 16. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

conferir segurança e simplificar a aplicação das normas pelo intérprete⁵⁶.

Os Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/2004 foram inspirados nos critérios adotados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual publicou, em 1980, a Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Incapacidades (CIDD). Em 2000, foi publicada a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Em 2014, a avaliação com base na CIF e no modelo social proposto pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi adotada, por meio de uma portaria interministerial, para efeito de concessão de aposentadoria, englobando a perícia médica e o serviço social⁵⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro historicamente categorizava a pessoa com deficiência por meio de critérios médicos, com uma classificação por tipos. Porém, essa perspectiva foi rompida, ao ser adotado o método social, o qual utiliza aspectos biopsicossociais na avaliação da deficiência⁵⁸.

O texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adquiriu *status* de emenda constitucional no cenário jurídico brasileiro, sendo o primeiro tratado sobre direitos humanos aprovado por meio do procedimento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Ao se consti-

⁵⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, mai./ago. 2017, p. 227-228.

⁵⁷ FEMINELLA, Anna Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. Disposições Gerais/ Da igualdade e da não Discriminação e Cadastro-inclusão. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezin (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016, p. 16-17.

⁵⁸ FEMINELLA, Anna Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. Op. cit., p. 16.

tuir como um grupo que necessita de proteção especial por parte do Estado e objeto de tutela constitucional, passou a se reconhecer à pessoa com deficiência a titularidade de direitos fundamentais⁵⁹. Luiz Alberto David Araújo e Maurício Maia anotam o caráter inovador desta nova normativa, uma vez que condiciona a interpretação de todo o sistema jurídico em sede infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade⁶⁰.

Deposita-se no conceito de pessoa com deficiência o caráter inovador da Convenção, ao estabelecer em seu art. 1º. que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. O cerne deste conceito é a interação entre impedimento e as barreiras existentes na sociedade, que geram sua exclusão. Ele se contrapõe ao delineado pela Medicina e acolhido pelos Decretos nº. 3.298/1999 e nº 5.296/2004, calcado em hipóteses típicas de deficiência, cuja exclusão é gerada pela impossibilidade de subsunção da pessoa a uma destas hipóteses. O novo conceito deposita na sociedade a deficiência, sendo, portanto, aberto e social, enquanto este último é fechado e típico⁶¹. Com efeito, torna-se possível afirmar, com Nelson Rosenvald, que “A CDPD constitucionaliza uma personalizada noção de ‘pessoa com deficiência’ em

⁵⁹ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014, p.166.

⁶⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito..., p.174.

⁶¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito..., p.170-171.

substituição ao texto constitucional que utilizava a expressão ‘portador de deficiência’⁶².

A emancipação das pessoas com deficiência, nos moldes visados pelos tratados internacionais segue o ideal *nothing about us without us*⁶³, adotado na elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, rompendo com as políticas de cunho assistencialista, sob pena de violar a civilidade e dignidade desses cidadãos, para os quais as políticas públicas devem assegurar a superação da condição de assistido, a fim de que assumam suas vidas e usufruam plenamente de seus direitos humanos básicos. As pessoas com deficiência não podem continuar a ser tratadas como coadjuvantes naquilo que lhes diz respeito, dependendo sempre das decisões de outras pessoas⁶⁴.

Trata-se da afirmação do princípio da autonomia que permite à pessoa com deficiência realizar suas próprias escolhas, em oposição ao princípio do paternalismo, que lhe outorgava a condição de incapaz, afirmado pela Convenção de Nova Iorque em seu artigo nº 12, item 2, no propósito de “resgatar a autonomia do indivíduo e combater a desigualdade e a discriminação em virtude da deficiência”. Para

⁶² ROSENVALD, Nelson. Curatela. Capítulo 17. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 743-828, p. 750.

⁶³ A elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a exemplo da Convenção, recebeu contribuições de técnicos, professores, familiares e também das pessoas com deficiência, em encontros presenciais e grupos na internet. (FAGUNDES, Santos. **Histórico do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://undime.org.br/noticia/historico-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 07 set. 2019.)

⁶⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012, p. 47. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

concretizá-la, deverão ser instituídas salvaguardas pelos Estados signatários da Convenção, como dispõe seu artigo nº 12, item 4: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.” É notável que, em atenção a esta obrigação, o Estado brasileiro institua salvaguardas que proporcionem um tratamento igualitário às pessoas com deficiência, de modo a preservar seus direitos fundamentais.

Na esteira desse princípio, o artigo 12 da Convenção estabelece o compromisso aos Estados Partes de reconhecer “que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Tal disposição enseja uma mudança paradigmática, segundo Patrícia Cuenca: a capacidade sempre foi considerada uma questão técnica, afeta ao código civil, mas que passa a ser uma questão de direitos humanos, o que significa “...*la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo em su titularidad, disfrute protección y ejercicio*”. De modo semelhante, Nelson Rosenvald aponta que a capacidade deixa de ser vista como mero “atributo da personalidade”, próprio da doutrina civilista tradicional, para se caracterizar como direito humano⁶⁵. Diante disso, a capacidade jurídica⁶⁶ ocupa o primeiro plano

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 750.

⁶⁶ Segundo Paulo Lôbo, a “capacidade legal” proclamada pela Convenção sobre os Di-

de um sistema igualitário, a “*puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos*”⁶⁷.

A igual capacidade jurídica reconhecida às pessoas com deficiência obriga os Estados a modificarem sua legislação interna, acabando com institutos como a interdição e a incapacidade, e adotando medidas de apoio que possibilitem o exercício de direitos com autonomia⁶⁸. Trata-se, ainda de substituir o mecanismo de substituição de vontade, característico do modelo médico de deficiência e que se concentra no excesso de proteção aos direitos patrimoniais, pelo mecanismo de apoio, característico do modelo social, que se concentra na promoção da autonomia que soluciona o déficit de exercício de direitos fundamentais⁶⁹. Eis que as limitações da pessoa com deficiência não estão no indivíduo, mas são uma construção social, resultando, a incapacidade, em uma condição de discriminação e exclusão dos direitos humanos. Portanto, “*...el modelo social es el único plenamente compatible con la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos y con la exigencia de igualdad de las personas con discapacidad en este ámbito.*”⁷⁰

Segundo Patrícia Cuenca, o modelo social “*desgarra el velo de la normalidad*”, que exclui as pessoas com deficiência do âmbito de capacidade jurídica. Diante disso, impõe-se

reitos da Pessoa com Deficiência é mais ampla do que a “capacidade civil” em geral, prevista pelo Código Civil (*Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>> Acesso em: 15 jun. 2017, p. 1)

⁶⁷ Op. cit., p. 224-225.

⁶⁸ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 243.

⁶⁹ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 239.

⁷⁰ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 227.

uma nova visão da capacidade, não mais atrelada a uma concepção natural, mas que se revela como uma construção social e historicamente determinada; e não mais como uma concepção binária, que divide a sociedade em pessoas capazes e incapazes, mas gradual e relativa, enunciando sujeitos com capacidades diversas⁷¹.

Ambos os aspectos se entrelaçam para elucidar que o propósito de garantir segurança às transações de ordem econômica e mercantil realizadas por pessoas que não tinham aptidão para assumir semelhantes responsabilidades ocupou o primeiro plano na tutela da capacidade para consentir. Tal fato se deve ao lugar de centralidade ocupado pelo patrimônio nos ordenamentos jurídicos oitocentistas, no qual a liberdade expressa pela autonomia privada era essencialmente econômica, e as restrições representadas pelo regime das incapacidades a esta liberdade colocavam em jogo tão somente os interesses patrimoniais. Deste modo, as pessoas que não pudessem exercer sua liberdade na esfera patrimonial eram consideradas incapazes:

A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos, que não aproxima a capacidade de agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para a tutela da relação contratual. Numa antiga concepção, os atos de autonomia privada, para o qual era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial. Todavia, hoje, a tutela da pessoa não pode se exaurir apenas na esfera patrimonial⁷².

⁷¹ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 235-237.

⁷² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício.

Com o propósito de dissipar esse sistema discriminatório no exercício de direitos fundamentais, os Estados signatários devem se adaptar à Convenção e reconhecer a capacidade plena da pessoa com deficiência. Neste sentido, se posicionou o Estado Constitucional Cooperativo brasileiro. Com os novos parâmetros estabelecidos pela Convenção, o projeto que estava em tramitação no Senado Federal ficou desajustado, tornando necessária a renovação dos debates, reuniões, audiências públicas e seminários que culminaram na aprovação da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15)⁷³. Também denominada Estatuto da Pessoa com deficiência, a nova lei absorveu princípios e regras da Convenção da ONU, estabelecendo um “microsistema normativo de alto potencial para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência”⁷⁴.

A Lei nº 13.146/15 rompeu com a histórica negação da capacidade legal das pessoas com deficiência, especialmente intelectual e mental, alterando o Código Civil no que se refere à teoria das incapacidades, à utilização da curatela, bem como inserindo no ordenamento jurídico brasileiro o mecanismo de tomada de decisão apoiada, como forma de assegurar maior autonomia e independência para a prática de atos da vida civil⁷⁵.

Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 3-36, jan./mar., 2008, p. 10.

⁷³ FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquês (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016, p. 7.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabriela Bezerra Sales. As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 338-363, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1554>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁷⁵ REIXHER, Stella Camlot. Do Reconhecimento da Igualdade Perante a Lei, da Tutela,

O art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu *caput*, estabelece o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, o que, segundo Célia Abreu, estabelece o princípio “de que a capacidade se presume e a incapacidade deve ser cabalmente comprovada”⁷⁶. Esta norma trouxe profundas modificações à teoria geral das incapacidades, desvinculando deficiência e incapacidade, ao estabelecer uma regra geral de capacidade civil. A incapacidade absoluta passou a restringir-se aos menores de 16 anos e a incapacidade relativa aos que não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos. Assim, a deficiência não pode ser, por si só, a causa da incapacidade, se não limitar a expressão da vontade, o que também deve ser compreendido no sentido de ausência ou redução do discernimento⁷⁷.

Como resultado dessas disposições, o Código Civil foi alterado. Anteriormente, o inciso II do art. 3º alcançava aqueles que não possuíam o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, em razão de enfermidade ou deficiência mental. Já o inciso III se referia àqueles que não

Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezim (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016, p. 249.

⁷⁶ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 623.

⁷⁷ NEVARES, Ana Luiz Maia; MULTEDO, Renata Vilela; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. As implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Processo de Inventário. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 566-567.

podiam expressar sua vontade, ainda que por causa transitória⁷⁸. O Estatuto revogou os incisos I a III do art. 3º do Código Civil (art. 114 e 123, inciso II, do EPD), porém não modificou o art. 9º, inciso III, do mesmo Código, o qual trata da interdição por incapacidade absoluta ou relativa.

Na acepção de Nelson Rosenvald, as disposições da Lei Brasileira de Inclusão caminharam no sentido personalista inaugurado pela Convenção de Nova Iorque⁷⁹, e acolhem a capacidade civil como um direito fundamental do ser humano calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade⁸⁰. Diante disso, um impedimento físico, sensorial ou mental de longo prazo não poderá ser utilizado para lhe acarretar automaticamente a incapacidade, senão vulnerabilidade, sob pena de se caracterizar discriminação. Presume-se a plena capacidade da pessoa com deficiência, de tal modo, que esta poderá exercer pessoalmente os atos patrimoniais e existenciais, sendo válidos, enquanto não sobrevenha sentença que estabeleça a curatela⁸¹.

A Lei 13.146/2015 corrigiu a distinção anteriormente existente entre situações de natureza patrimonial e de natureza existencial, estabelecendo em seu artigo 6º a capacidade para consentir, cuja incidência também se debruça sobre os atos concernentes à esfera existencial da pessoa. Garante-se à pessoa com deficiência o direito de “casar-se e constituir

⁷⁸ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, v. 66, abr.-jul. 2016, p. 4. Disponível em: < http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Repercussao_EP_D_Legislacoes_Civil_Processual_Maria_Helena_Marques.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 752.

⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 747.

⁸¹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 756.

união estável”, “exercer direitos sexuais e reprodutivos”, o planejamento familiar, “conservar sua fertilidade”, “exercer o direito à família e à convivência familiar” e “exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades”. Tais atos, segundo Paulo Lôbo, já não eram alcançados pela incapacidade absoluta ou relativa⁸² e, agora, tornaram-se expressamente objeto de autodeterminação, afastando-se as restrições anteriormente existentes ao exercício dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

Preservar essa autonomia, embora, mais respeitosa, pode suscitar problemas evidentes em situações de impedimentos (físico, sensorial ou mental) mais severos. Quando não seja possível conhecer a vontade da pessoa com deficiência, o apoio deverá ser mais intenso, a ponto de constituir-se em uma “ação de substituição”. À luz da Convenção de Nova Iorque, pondera Patrícia Cuenca, que a ação de substituição entraria em jogo em função de uma situação determinada e não razão da incapacidade e, portanto, também seria cabível em situações que não envolvem a pessoa com deficiência. Mas, em tal caso, “...esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada, como antes se señaló, para ella y no por ella.”⁸³.

Esse problema não ficou alheio ao direito brasileiro, que, logo após a vigência do Estatuto, passou a proclamar que a

⁸² **Direito Civil.** Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁸³ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 244.

pessoa com deficiência, que não puder exprimir sua vontade, será incluída no artigo 4º, III, do Código Civil, que considera como relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Trata-se de uma solução diversa, daquela suscitada por Patrícia Cuenca, à luz da Convenção. Tal posicionamento parte de uma conciliação entre os artigos 3º, 4º e 1767 do Código Civil com a Lei nº 13.146/2015, substituindo-se a fórmula “ausência ou redução de discernimento” por “impossibilidade de expressão da vontade” como fato gerador de incapacidade relativa⁸⁴. Se para alguns isso pode transparecer como uma “brecha inconstitucional e autofágica”, pois não há sentido algum em considerar como relativamente incapazes pessoas impedidas de manifestar sua vontade⁸⁵, para outros, é uma forma de protegê-las, afirmando-se que “...a impossibilidade de autogoverno conduzirá à incapacidade relativa ao fim e ao cabo de um processo no qual será designado um curador para assistir a pessoa com deficiência de forma a preservar os seus interesses econômicos.”⁸⁶.

Diante disso, poder-se-ia indagar acerca da proteção conferida pela doutrina brasileira à pessoa com deficiência que não pode exprimir sua vontade. Em tal caso, encaixá-la no artigo 4º, III, do Código Civil, considerando-a relativamente incapaz, estaria de acordo com a ideia segundo a qual a capacidade é um direito fundamental, decorrente da Convenção de Nova Iorque?

⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 760.

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. **Revista Direito UNIFACS**. Salvador, nº 195, p. 1-7, 2016, p. 1.

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 765.

Poder-se-ia afirmar que tal solução restringe-se aos parâmetros da civilística clássica e não foi desenhada para a pessoa com deficiência. Eis que *“Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica.”*⁸⁷ Essa intervenção não supõe uma vulnerabilidade ou substituição da autonomia, característicos do modelo médico; ao contrário, uma promoção desta última, afeta ao modelo social e o paradigma do apoio⁸⁸.

Ademais, à luz do Estado Constitucional Cooperativo, que concede abertura para os direitos humanos, aquela solução contraria a concepção segundo a qual a Convenção adentra no direito brasileiro como *status* de norma constitucional, condicionando a interpretação do sistema jurídico infraconstitucional⁸⁹. Considerando a finalidade comum, que é a proteção efetiva da pessoa humana⁹⁰, os direitos da pessoa com deficiência não se restringem aos direitos humanos ou aos direitos fundamentais. Ambas as qualificações convergem para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo preferível denominar a capacidade de direito humano e fundamental.

Corroborando esse entendimento, a afirmação de Paulo Lôbo, segundo o qual, por ocasião da vigência da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no direito brasileiro, em 2009, esta já não mais se incluía entre os absolutamente

⁸⁷ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 238.

⁸⁸ GÓMEZ, Patricia Cuenca. Op. cit., p. 238.

⁸⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito..., p.174.

⁹⁰ FACHIN, Melina Girardi. Op. cit., p. 68.

incapazes, pois o Código Civil já havia sido derogado nesta matéria. O Estatuto apenas teria tornado explícita tal derrogação, relegando as situações excepcionais à curatela da pessoa com deficiência, evidenciando-se como “medida protetiva e não de interdição de exercício de direitos”⁹¹. De modo semelhante, Pablo Stolze assevera que a Lei nº 13.146/2015 não criou um novo regime de capacidade, paralelo ao do Código Civil, mas reconstruiu e ampliou o conceito de incapacidade. Considerar-se de outra forma revelar-se-ia discriminatório e inconstitucional, pois a capacidade plena da pessoa com deficiência já fora estabelecida pela Convenção de Nova Iorque, com *status* de norma constitucional, em atenção do princípio da dignidade da pessoa humana⁹².

Dentre as críticas dirigidas à Lei 13.146/2015 está o fato de esta ter caído em uma renovada formalidade e abstração, na qual se considera que a pessoa com deficiência é sempre capaz, não importando os impedimentos mais severos que lhe impeçam de exprimir sua vontade. Neste sentido, para Ana Luiza Nevares e Anderson Schreiber:

...o Estatuto acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é “sempre capaz”, ingressando-se, mais uma vez, no velho e revelho modelo do “tudo-ou-nada” (all-or-nothing). Como se vê, além de suas falhas específicas – as quais poderão ser atenuadas em larga medida pela atuação diligente do intérprete –, a grande vicissitude do Estatuto é ter perdido a oportunidade de proceder a uma reforma do regime de incapacidades

⁹¹ LÔBO, Paulo. Op. Cit., p 2.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze. Op. Cit., p. 1.

de modo a efetivamente funcionalizá-lo ao atendimento do livre desenvolvimento da personalidade humana.⁹³

Diante disso, encaixar a pessoa com deficiência na categoria de relativamente capaz seria, antes, uma “estratégia de identidade, que se vale de uma demarcação social, em resposta a um déficit de proteção”⁹⁴, em relação ao qual o Estatuto da Pessoa com Deficiência teria falhado. Para além de atentar contra os direitos humanos, semelhante recurso significaria, então, reconhecer autonomia à pessoa com deficiência de modo reverso⁹⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo foi possível relacionar as alterações promovidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro com a concepção de Peter Häberle de Estado Constitucional cooperativo.

Inicialmente, verificou que, após a Segunda Guerra Mundial, promoveu-se a abertura da ordem constitucional dos Estados, para dentro, pelo reconhecimento do pluralismo, e para fora, pela intensificação das relações entre a comunidade internacional.

Pode-se afirmar que a abertura, a cooperação e a integração são fundamentos da Constituição que passaram a fazer

⁹³ NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, nº 3, p. 1545-1558, 2016, p. 1559.

⁹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. Op. cit., p. 249.

⁹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. Op. cit., p. 250.

parte das relações internacionais entre Estados soberanos, assim como da produção normativa interna.

A integração política confere legitimidade democrática às normas produzidas em cooperação. A integração econômica impulsiona as relações internacionais para além da simples troca de mercadorias. A integração sociocultural possui relação com a sociedade plural e a aceitação das diferenças.

Apesar de Peter Häberle defender que os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser considerados parte integrante da Constituição, no Brasil a relação entre direito internacional e direito interno é debatida pelos defensores das teorias monista e dualista, assim como há divergências sobre a hierarquia que esses tratados assumem. Esses debates, no entanto, não precisam ser aprofundados quando se trata da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois ela foi aprovada pelo rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição, o que lhe conferiu expressamente o *status* de emenda constitucional.

A Convenção da ONU está em consonância com os ideais de proteção dos direitos humanos e de pluralismo e demandou modificações das legislações nacionais que lhe contrariassem. No tocante à cooperação normativa no âmbito externo, a Convenção em comento foi adotada pela 61ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, portanto, sua elaboração contou com a participação de vários Estados nacionais.

A influência que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência teve no ordenamento jurídico brasileiro vai além de sua incorporação com *status* de emenda consti-

tucional, pois representou uma mudança paradigmática da forma como as pessoas com deficiência são tratadas, o que demandou alterações inclusive nos projetos de lei em trâmite. Condiçãoou a interpretação de todo o sistema infraconstitucional, inaugurando uma concepção personalizada e, não apenas terminológica, que passou de “pessoa portadora de deficiência” para “pessoa com deficiência”. Eis que, em lugar de um modelo médico, típico e fechado, passou a se adotar um modelo social, aberto e exemplificativo, que caracteriza a deficiência nos impedimentos que a sociedade apresenta ao exercício dos direitos fundamentais com autonomia pela pessoa com deficiência.

Foi possível constatar, por meio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como o direito internacional produzido cooperativamente atua na modificação das normas de direito interno dos Estados nacionais, concretizando a concepção de Estado Constitucional Cooperativo, produzindo profundas alterações na teoria das incapacidades. A passagem do mecanismo paternalista de substituição de vontade para o mecanismo de apoio levou ao reconhecimento de igual capacidade à pessoa com deficiência, situando-a definitivamente no modelo social. E retirou a capacidade da condição de conceito técnico afeto ao Código Civil, para caracterizá-lo como direito humano e fundamental.

A Lei nº 13.146/15, por sua vez, foi inspirada na Convenção e modificou o tradicional regime de incapacidades do Código Civil, adotando a cooperação normativa interna, pois se verificou que houve participação de atores privados na elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rompeu

com o sistema discriminário de exercício de direitos fundamentais, historicamente determinado pelo papel central que o patrimônio ocupava nas codificações oitocentistas e que excluía as pessoas com deficiência da capacidade para consentir. Afastou os direitos existenciais das restrições contidas no regime codificado das incapacidades. Mas foi criticada pela abstração e formalidade na qual inseriu as hipóteses de deficiência mais severa, às quais se ligam a impossibilidade de manifestação de vontade.

Diante disso, a doutrina se dividiu em duas vertentes. Para alguns, a pessoa com deficiência que não pode exprimir sua vontade deve ser considerada relativamente capaz; para outros, retirar-lhe a condição de capacidade plena, seria atentar contra os direitos humanos estabelecidos pela Convenção. Em última instância, seria uma resposta ao déficit de proteção, o que lhe renderia um reconhecimento reverso de sua autonomia.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014.

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/32>>. Acesso em: 07 set. 2019.

DEIMLING, Natália Neves Macedo; MOSCARDINI, Saulo Fantato. Inclusão escolar: política, marcos históricos, avanços e desafios. **Revista online de Política e Gestão Educacional**, Araraquara, n. 12, p. 3-21, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/viewFile/9325/6177>>. Acesso em: 13 set. 2017.

DONATO, Daniela. **O direito à educação inclusiva: a construção de uma realidade sócio-jurídica igualitária**. Disponível em: <publicadireito.com.br/artigos/?cod=70e3da32d14d8799>. Acesso em: 11 nov. 2017.

FACHIN, Melina Girardi. *Todos os nomes e um só sentido: a aproximação dos direitos humanos aos direitos fundamentais tendo em vista sua efetivação prática*. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 3, nº 3, jan./jun. 2006.

FAGUNDES, Santos. **Histórico do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://undime.org.br/noticia/historico-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 07 set. 2019.

FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezin (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

FEMINELLA, Anna Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. Disposições Gerais/ Da igualdade e da não Discriminação e Cadastro-inclusão. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezin (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na lei brasileira de inclusão. **Rev. Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 1, p. 99 - 117, jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/303>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. **Revista Direito UNIFACS**. Salvador, nº 195, p. 1-7, 2016

GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas com discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. **Derechos y Libertates**, n. 24, época II, p. 221-257, enero 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29403785.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

INSTITUTO ALANA; ABT ASSOCIATES. **Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes com e sem Deficiência**. Disponível em: <http://alana.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Os_Beneficios_da_Ed_Inclusiva_final.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>> Acesso em: 15 jun. 2017.

LUÑO, António E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 10ª ed., 2011.

MAIA, Maurício. Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso. **Revista da AGU**, ano XII, n. 37, p. 289-306, Brasília-DF, jul./set. 2013. Disponível em: <www.agu.gov>

br/page/download/index/id/17265873>. Acesso em: 13 set. 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios as Estado Constitucional Cooperativo. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: FUNDAÇÃO PROCURADOR PEDRO JORGE DE MELO E SILVA. **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004. Disponível em: <<http://www.adiron.com.br/arquivos/cartilhaatual.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

NEVARES, Ana Luiza; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, nº 3, p. 1545-1558, 2016.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2, p. 225-254, mai./ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIXHER, Stella Camlot. Do Reconhecimento da Igualdade Perante a Lei, da Tutela, Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquezin (Orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. Capítulo 17. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 743-828.

SANTOS, Maria Lucia Ribeiro dos. **Estado constitucional cooperativo**: diretriz para um reflexo da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f803d26ce47b9f9>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____; SARLET, Gabriela Bezerra Sales. As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 338-363, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1554>>. Acesso em 02 set. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação

em Direito, 2005, Fortaleza-CE. **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 3-36, jan./mar., 2008.

DIREITO À EDUCAÇÃO E A FORMAÇÃO DO LEITOR: PERSPECTIVAS A CIDADANIA E A DEMOCRACIA

Thaís Janaina Wenczenovicz

Veronice Camargo da Silva

INTRODUÇÃO

O direito à educação está fundamentado em garantias internacionais e nacionais. Pensar a educação como possível construto para o desenvolvimento da cidadania e da democracia requer uma análise além do campo jurídico em vista a magnitude do tema. Educar está além do que uma garantia jurisdicional. O ato de educar e ensinar envolvem questões de relação tempo e espaço, formação sócio-histórica, e elementos constitutivos de coletividade, ou seja, faz-se necessário o uso de olhares transdisciplinares para aproximações mais integrais e proposituras de efetivação e eficácia desse direito humano.

Nesse contexto, a sociedade contemporânea se alimenta da circulação da informação, nomeadamente da informação escrita, e que distingue os seus membros pelos seus níveis de acesso a esta, bem como de capacidade de uso dessa mesma informação. Ou seja, é natural que se atribua à formação do leitor, às capacidades de compreensão e de produção da escrita aos processos primários de acesso e participação a cidadania.

A leitura inicialmente era restrita a uma pequena parcela da população brasileira. Até o século XVIII, a leitura era uma prática da aristocracia, na medida em que os livros eram restritos e alcançavam somente uma pequena parcela da população que era alfabetizada. Com a industrialização e a produção dos bens em massa, os livros e os jornais começaram a ser produzidos em grande escala e isso promoveu a sua popularização. Por conseguinte, a leitura tornou-se possível para um número maior de pessoas, entretanto exíguo, quando se trata da população brasileira. Passadas muitas décadas o hábito de ler ainda é baixo.

Em um recorte socioeconômico, as classes enfrentam um paradoxo: A e B têm níveis mais altos de leitura do que C, D e E, mas também tiveram as maiores quedas entre 2015 e 2019. Enquanto o número de leitores diminuiu 12% na classe A e 10% na B, a queda entre D e E foi de apenas 5% desde a última pesquisa. Já em uma divisão por idade, a única faixa etária que teve acréscimo de leitores foi a infantil e infanto-juvenil (entre os 5 a 10 anos). Todas as outras, incluindo adolescentes, jovens e adultos, leram menos em relação a pesquisa do ano anterior. Mesmo com a queda, os pré-adolescentes de 11 a 13 compõem a faixa etária que mais lê no país: 81% (RETRATO DA LEITURA NO BRASIL, 2020).

Destaca-se também para outros elementos que colaboram com a compreensão da temática em tela: cidadania, democracia, formação do leitor e direito à educação. Segundo a pesquisa, mulheres leram mais que homens, e brancos leram mais que negros em 2019;¹ a região Norte teve a maior

¹ Foi a primeira vez que a pesquisa adotou um recorte por raça (2019).

porcentagem de leitura no país, enquanto o Centro-Oeste registrou o pior índice: Norte (63%), Sul (58%), Sudeste (51%), Nordeste (48%) e Centro-Oeste (46%); a “Bíblia” foi o livro mais citado pelos leitores na pesquisa de gêneros literários;² livros religiosos ocuparam o terceiro lugar, ou seja, duas posições do Top 3 são de religião; Machado de Assis, Monteiro Lobato e Augusto Cury foram os autores preferidos do público; entre os 15 autores mais citados, há apenas quatro mulheres: Zibia Gasparetto, Clarice Lispector, Jk Rowling e Agatha Christie e mais da metade dos leitores lê por indicação da escola ou de professores (RETRATO DA LEITURA NO BRASIL, 2020).

O artigo divide-se em três partes. Na primeira, nomeada breves considerações sobre os Direitos Fundamentais Sociais e educação aborda-se elementos conceituais e da trajetória histórica do direito à educação na legislação. A segunda parte traz elementos sobre a política nacional de leitura no Brasil. A terceira e última parte discorre sobre práticas sociais de leitura e a cidadania. A pesquisa realizada nesta reflexão é do tipo analítico-interpretativo de investigação bibliográfica, acrescida de dados estatísticos da Plataforma Pró-livro, essencialmente no programa Retratos da Leitura no Brasil.³

² Mesmo ocupando o primeiro lugar, a leitura da “Bíblia” diminuiu nos últimos quatro anos: passou de 42% em 2015 para 35% em 2019.

³ Retratos da Leitura no Brasil passou a ser realizada pelo IPL a partir da segunda edição, em 2007, e está em sua 5ª edição em 2019 (lançada em 2020). É a única pesquisa em âmbito nacional que tem por objetivo avaliar o comportamento leitor do brasileiro. Seus resultados são divulgados em nível nacional e internacional e se tornou referência ao campo da educação. O foco de pesquisa foi ampliado em 2019 e o estudo também se dedica para conhecer outros leitores, espaços e desafios para a formação do leitor e o acesso ao livro.

Insta destacar que a Retratos da Leitura no Brasil teve sua primeira edição em 2001, promovida pela Câmara Brasileira do Livro/CBL e Sindicato Nacional dos Editores de Livros/Snel, com o apoio da BRACELPA. A partir de 2007, passou a ser realizada pelo IPL, adotando metodologia internacional do CERLALC. É a única pesquisa em âmbito nacional que tem por objetivo avaliar o comportamento leitor do brasileiro. Seus resultados são amplamente divulgados e se tornou referência quando se trata de índices e hábitos de leitura dos brasileiros.

Dentre os objetivos da Retratos da Leitura no Brasil, destaca-se a promoção, a partir de um amplo diagnóstico, de reflexões, estudos e decisões em torno de possíveis novas intervenções – do governo e da sociedade civil – orientando políticas públicas e ações para melhorar a qualidade e os atuais indicadores de leitura e de acesso ao livro pelos brasileiros.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E EDUCAÇÃO

O direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social, vem detalhado no Título VIII, Da Ordem Social, especialmente, nos artigos 205 a 214, dispositivos nos quais se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, tais como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da Federação

(União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação constitucional de receitas. Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o Judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação deste direito.

Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 – 2014/2024), entre outros.

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental e, em virtude disso, é preciso tecer-se algumas considerações que dizem respeito aos direitos humanos e, também, aos direitos fundamentais, com o objetivo de discorrer acerca de acordos semânticos a respeito das terminologias adotadas. Neste aspecto, recorre-se à dicção de Sarlet, tomando como base a classificação feita por Vieira de Andrade, para quem se configura possível três perspectivas de abordagem:

[...] perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em

todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar. Cumpre lembrar, todavia, que a tríade referida [...] não esgota o elenco de perspectivas a partir das quais se pode enfrentar a temática dos direitos fundamentais, já que não se pode desconsiderar a importância das perspectivas [...] sociológica, histórica, filosófica [...], ética, política e econômica [...]. (SARLET, 2007, p. 26)

É lógico que tais perspectivas se relacionam de maneira interpenetrante, mas, para efeito do objeto deste estudo, opta-se por tratar do direito fundamental à educação com prevalência da perspectiva estatal, com limitação espacial conformada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Portanto, o direito à educação será, aqui, abordado como direito de todos os brasileiros, sob a égide constitucional referida.

Também a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: posicionamo-nos, aqui, em consonância com Sarlet e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revelando

um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano, ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2007, p. 35).

É neste sentido também o entendimento de Luño, para quem:

Los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la pro-pesión doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamen-tales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que non han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. (LUÑO, 2005a, p. 44)

Canotilho, da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Dessa forma, direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (di-mensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados espaço-temporalmente. Portanto, enquanto os direitos do homem arrancam da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os

direitos fundamentais são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2000, p. 387).

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos se mostram, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais. Em virtude disto, é que frequentemente o termo “direitos humanos” é entendido, ainda de acordo com Luño, como

[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. [destaques no original]. (LUÑO, 2005a, p. 46)

É sob tal perspectiva, que se quer apresentar o direito à educação: como direito fundamental e, portanto, positivado na ordem constitucional, gozando, assim, de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Convém asseverar que a expressão “direitos fundamentais” surgiu, pela primeira vez, na França de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, logo, alcançou grande relevo na Alemanha, que, sob a denominação de *Grundrechte*, articulou-se o sistema de relações entre Estado e indivíduo, como fundamento de toda a ordem jurídica e

política. É este seu sentido na Grundgesetz de Bonn de 1949 (LUÑO, 2005b, p. 32).

Evidentemente, direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita relação, na medida em que os direitos fundamentais são, na verdade, os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição e, portanto, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para determinada sociedade. Assim sendo, se configuram no tal conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais, razão pelas quais, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Seguindo este mesmo raciocínio, Bonavides, ao tratar dos direitos fundamentais, reconhece a sua vinculação à liberdade e à dignidade humana, tidos como valores históricos e filosóficos, afirmando que tal fato conduz ao significado, sem qualquer óbice, da universalidade inerente a estes direitos, enquanto ideal da pessoa humana. Destaca, ademais, que esse sentido de universalidade foi alcançado, pela primeira vez, com a Declaração do Homem e do Cidadão, que ensejou a descoberta do racionalismo francês da Revolução de 1789 (BONAVIDES, 2010, p. 562).

Modernamente, Häberle e o próprio Luño têm proposto um alargamento do conceito de direitos fundamentais, que significaria a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional do direito (LEAL, 2009, p. 28). Nas palavras de Luño,

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano

subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines e valores constitucionalmente proclamados. (LUÑO, 2005a, p. 25).

Insta na trajetória histórica dos direitos humanos, sua dimensão moral - reforçada pela tradição jusnaturalística, notadamente na Idade Moderna e o processo de positivação, fruto da necessidade de incorporação ao ordenamento jurídico dos direitos tidos como inerentes ao homem, considerando-se a lógica jurídica dominante no Estado Liberal. A positivação constitucional dos direitos humanos, nesse período, foi resultado da fórmula utilizada para a racionalização e a legitimação do poder pelo Iluminismo, já que a Constituição, sendo uma lei escrita superior às demais normas, competia-lhe o dever de garantir os direitos dos cidadãos, concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados.

É possível afirmar, pois, que os direitos humanos e fundamentais são direitos instituídos, cabendo ao Estado, implementar as políticas públicas, providenciar e gerir tais ferramentas. Daí, poder-se afirmar, como antes, que o direito à educação, que é direito humano e fundamental, além de exigir proteção estatal, vincula Estado e Sociedade à sua implementação, valendo a dicção de Alexy (2015), para quem “os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional e com força de concretização

suprema, ou seja, vinculam aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário)”.

O DIREITO CONSTITUCIONAL DE LER À LUZ DA POLÍTICA NACIONAL DE LEITURA E ESCRITA

Com o advento do século XXI, o Brasil figura entre os países de IDH (79º de 189 países) e apresenta índices educacionais abaixo da média de diversos países da América Latina. Estudos recentes (2019) da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que é responsável pela aplicação do PISA (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes) apontam que o país está em penúltimo lugar em uma lista de 40 países, ficando na frente somente do México. A América Latina, ocupa a 4ª posição, atrás do Chile, Argentina e Uruguai. O crescimento no índice foi de 0,001 ponto em relação ao ano anterior (PNUD, 2019).

Os índices diminuídos, atrelada às deficiências estruturais da escola brasileira, enfatiza a posição de país empobrecido que assombra a realidade e está diretamente ligada ao fato de que ser um país de poucos leitores. Inúmeros direitos são negados ou minimizados no Brasil e a desassistência ao direito à educação atinge diretamente o acesso à leitura.

Segundo estudos pelo Instituto Pró-Livro (2012, p. 70) apontam que entre os anos de 2007 e 2011 houve um decréscimo no número de livros lidos por habitante no Brasil. Essa relação numérica é ainda mais baixa em famílias que possuem rendas inferiores a 2 salários mínimos. Os índices entre os não estudantes também são desfavoráveis. A mesma pesquisa aponta que a classe D e E, são as que me-

nos compram, ganham ou fazem empréstimo de livros em bibliotecas. Em compensação, são as que mais recebem os livros distribuídos pelo governo nas escolas (2012, p. 87); no entanto, é arrazoado dizer que só receber livros por meio de políticas públicas não garante que os mesmos sejam lidos e ampliem o acesso à cultura e ao saber.

Segundo dados da pesquisa Retratos da Leitura no Brasil (2019), de 2015 para 2019, a porcentagem de leitores no Brasil caiu de 56% para 52%. Já os não leitores, ou seja, brasileiros com mais de 5 anos que não leram nenhum livro, nem mesmo em parte, nos últimos três meses, representam 48% da população, o equivalente a cerca de 93 milhões de um total de 193 milhões de brasileiros. Destaca-se também que as maiores quedas no percentual de leitores foram observadas entre as pessoas com Ensino Superior - passando de 82% em 2015 para 68% em 2019 -, e entre os mais ricos. Na classe A, o percentual de leitores passou de 76% para 67%. Nesse contexto, os indicativos apontam que o brasileiro lê, em média, cinco livros por ano, sendo aproximadamente 2,4 livros lidos apenas em parte e, 2,5, inteiros, sendo a Bíblia dentre os tipos de livro mais lido.

A leitura não é boa nem ruim em si mesma, trata-se de um direito histórico e cultural e, por essa razão, político, que deve ser estabelecido na situação em que sucede. Do ponto de vista histórico, a leitura tem sido um meio de alcançar o poder e de excluir socialmente uma parcela da população, pois, primeiramente, esteve nas mãos da igreja por meio da retenção dos textos sagrados e da palavra divina; no decorrer,

pelos governos pertencentes à aristocracia e, hodiernamente, por vantagens econômicas que dela tentaram tirar proveito.

Neste sentido, fica evidente que no entorno da leitura circundam diferenciadas intenções, que a carência de que ela alcance a todos obedece a variadas finalidades e que a isso se deve, em grande parte, o fato de os setores excluídos – não somente o da leitura como o de outras manifestações culturais e econômicas – não se apropriarem deste ato. O quadro atual da leitura só será modificado quando ela vier a ser percebida como uma necessidade pela população, como um instrumento para seu benefício e também é preciso que seja despertado o interesse pelo ato de apropriar-se da leitura. Todavia, isso só pode ser realmente efetivado se os níveis de desenvolvimento vierem a melhorar e estiverem associados a uma ferrenha luta contra a desigualdade, pois somente desse modo é que poderemos conceber uma democratização da cultura letrada e não somente aumentar os índices de leitura *per capita*, ou seja, apenas acrescentar números aos livros adquiridos (CASTRILLÓN, 2011, p. 16-17).

Conforme Giardinelli (2010, p. 45-46), “trabalhar pelo fomento do livro e da literatura é trabalhar pela educação como razão de Estado”. Não é aceitável que um povo tenha acesso à educação sem a existência de um Estado que se responsabilize por sua organização e direção conforme os interesses nacionais. A educação e a leitura são direitos que o Estado deve assegurar a todos os indivíduos. Habitualmente há um assentimento a respeito do primeiro; mas não há consciência quanto ao direito à leitura.

Cada um dos cidadãos brasileiros possui direitos culturais como o direito ao saber, ao contato com o imaginário, o de possuir bens materiais que contribuem para a construção ou para a autodescoberta, para a proximidade com o outro, para o contato com o mundo da fantasia, sem a qual não há pensamento e nem a capacidade criativa. Cada ser humano tem o direito de ser integrado à sociedade, ao mundo, por meio de textos, imagens, em que escritores e artistas transpõem o mais profundo da experiência humana.

O direito de ler deveria ser percebido como um direito constitucional, que está amparado no fato de que a leitura é condição fundamental para que o ser humano se eduque e possa dar sequência, se essa for a sua vontade, ao seu próprio processo de aprendizagem. Também se baseia no fato de que é por meio da leitura que a circulação do conhecimento está assegurada, que ela é essencial para que possamos construir uma cidadania responsável, participando ativamente da sociedade, com capacidade reflexiva e pensamento autônomo. O ato da leitura garante tudo o que robustece a nossa identidade. Todos os direitos constitucionais possuem relação estreita com a leitura: o direito ao trabalho, à saúde e à previdência social; os direitos das crianças e dos idosos; todas as profissões, todas as possibilidades de crescimento econômico, social e cultural da população. Tudo está instituído à leitura de forma essencial, basal e definitiva. Desse modo, a leitura torna-se um direito político fundamental (GIARDINELLI, 2010, p. 154).

De 1984 para 2006, muitos programas de fomento à leitura foram criados na América Latina, como já citado o

caso da Argentina: o *Plano Nacional de Leitura* (PNL), e à *Campanha Nacional de Leitura* (CNL), do Ministério da Educação, adicionaram-se os da *Comissão Nacional de Bibliotecas Populares* (Conabip), da Secretaria de Cultura da Nação (SCN) e os de algumas províncias como Buenos Aires ou Córdoba (desde 1993). Todos estes programas já possuem percurso traçado, publicações e resultados positivos. Entretanto, o analfabetismo, as condições de saúde, de moradia e trabalho, o desprestígio à escola pública, entre outros fatores, dificultam que políticas de fomento à leitura sejam colocadas em prática, mas, ainda que não seja suficiente, o trabalho está sendo feito (GIARDINELLI, 2010, p. 27-32).

PRÁTICAS SOCIAIS DE LEITURA: DIREITO INSTITUÍDO À CIDADANIA

Muito antes da criação da escrita e da leitura como a conhecemos, o ser humano expressava suas ideias, desejos e necessidades quer em desenhos quer em sinais gravados nos lugares em que habitava ou por onde passava, com o intuito de se comunicar e até mesmo expressar suas conquistas. Foi apenas nos últimos dois séculos que a leitura passou a ser veiculada à escrita, assumindo novas concepções para a constituição do leitor atual.

A leitura anteriormente vista como uma prática solitária, hoje se constitui como um ato coletivo com o desejo de estabelecer relações plurais entre leitores reais e virtuais. Assim, Orlandi (1998, p. 29) assevera:

O ato de ler só se dá verdadeiramente entre um leitor virtual, que é constituído no próprio ato da escrita e um leitor real, na medida em que esse leitor imaginário, criado pelo autor, dialoga com esse leitor real, com esse leitor que lê o texto e dele se apropria.

A partir desse diálogo, emerge a interação entre os leitores, que se mostra também como atividade social, até então, tomada por individual. A leitura, outrora vista apenas como um código a ser decifrado, passa a ser considerada na contemporaneidade, como uma atividade ao mesmo tempo individual e social. Individual porque nela “se manifestam particularidades do leitor, suas características intelectuais, sua memória, sua história e social porque está sujeita às convenções linguísticas, ao contexto social, à política” (NUNES, 1994, p. 14).

Para tanto, a leitura deve ser vista não só como uma atividade cognitiva, mas também social que valorize a presença de outra pessoa com quem, colaborativamente, partilham-se ideias em relação ao texto. Quando compartilhamos experiências de leitura com outras pessoas, expressamos o sentido do texto. Assim, ler é utilizar diversos textos para dar sentido ao mundo que vivemos, ler é interpretar o texto coletivamente e compreender o outro (COSSON, 2009).

Silva (2002, p. 26) define a criticidade na leitura dizendo que é

[...] pela leitura crítica o sujeito abala o mundo das certezas (principalmente as da classe dominante), elabora e dinamiza conflitos, organiza sínteses, enfim, combate assiduamente qualquer tipo de conformismo, qualquer tipo de escravização às ideias referidas pelos textos.

No ato de ler prevalece, portanto, a liberdade por parte do leitor em fazer as suas escolhas. Sua prática permite ainda articular os conteúdos culturais; expandir a memória; estimular a produção de textos e determinar processos de pensamento. A leitura concretiza-se no diálogo com o texto, uma vez que

[...] exige que o leitor competente acione os seus conhecimentos linguísticos, textuais e, também, o seu conhecimento do mundo, pois só assim, a leitura se concretiza, deixando de ser superficial ou mera decodificação de palavras, para se tornar um ato efetivo de construção de significados. (EMBALÓ, SILVA e SANT'ANNA, 2019, p. 197)

Nesse sentido, o leitor, como peça-chave, tem a possibilidade de, nesse processo de diálogo e interação, manifestar-se com sua própria voz, o que lhe toma a possibilidade de conhecer os seus direitos e, conseqüentemente, lutar por eles, além de manifestar sua compreensão com relação às inúmeras vozes que se apresentam no contexto social. Ao defender a ideia de que todos os direitos constitucionais possuem relação estreita com a leitura, defende-se sua construção efetiva com vistas ao exercício da cidadania.

A leitura como um processo que se evidencia através da interação, envolve níveis de conhecimento do leitor, tais como o conhecimento linguístico, o conhecimento textual e o conhecimento de mundo (KLEIMAN, 2002), atribuindo sentido ao texto, relacionando-o com o contexto e com as experiências prévias do leitor que, como já expressado, garante tudo o que robustece a nossa identidade, entendida como um conjunto de elementos “dinâmicos e múltiplos da realidade

subjetiva e social, uma condição transitória, moldada pelas relações sociais que, na percepção dos participantes, estão sendo construídas nas interações (VÓVIO, DE GRANDE, 2010, p.55) ” pela participação dos sujeitos em práticas situadas (FISCHER, 2009) e por discursos disponíveis no contexto sócio-histórico.

Para Orlandi (1998, p. 220), “a leitura não é uma questão de tudo ou nada, é uma questão de natureza, de modos de relação, de trabalho, de produção de sentido, em uma palavra: de historicidade”. Assim, o ato de ler implica participar do processo coletivo de construção dos sentidos, ou seja, quando estamos lendo, o fazemos de um lugar e com uma direção histórica determinada (FREIRE, 2006).

Além do mais, essa construção de sentido se dá na medida em que o sujeito se torna *insider* (FISCHER, 2009) ao ser protagonista da sua aprendizagem no ambiente em que está inserido e vivenciar a experiência social. Implica, então, num “caráter social, situado e histórico por caracterizar a condição letrada de um sujeito, em um situado espaço da sociedade e em um particular momento histórico de sua trajetória pessoal e social (FISCHER, 2009, p. 162). ”

Nesse viés, os estudos dos letramentos relacionados à leitura, à escrita, emergem como práticas sociais que permeiam a comunicação da sociedade. Assim, Street (1984) defende letramentos, no plural e não um único letramento, “tanto no sentido de diversas linguagens e escritas, quanto no sentido de múltiplos níveis de habilidades, conhecimentos e crenças, no campo de cada língua e/ou escrita” (STREET, 1984, p. 47).

Para Rojo (2004), ser letrado é:

[...] escapar da literalidade dos textos e interpretá-los, colocando-os em relação com outros textos e discursos, de maneira situada na realidade social; é discutir com os textos, replicando e avaliando posições e ideologias que constituem seus sentidos; é, enfim, trazer o texto para a vida e colocá-lo em relação com ela. Mais que isso, as práticas de leitura na vida são muito variadas e dependentes de contexto, cada um deles exigindo certas capacidades leitoras e não outras (ROJO, 2004, p. 1).

Assume-se aqui que a aquisição do letramento envolve mais do que habilidades meramente técnicas. Práticas de letramento indicam usos e significados culturais da leitura e da escrita em um dado evento (STREET, 1984), relativos às concepções dos processos de leitura e escrita dos sujeitos.

A prática leitora como prática de letramento precisa, sob esse viés, ser considerada a partir do contexto social e da interação do leitor com o texto e com autor, extrapolando o universo linguístico do texto. A leitura, na verdade, é um dos meios pelos quais acontece a interação entre os seres humanos, além de promover a reflexão sobre diferentes assuntos, favorece, assim, a formação de um leitor crítico como um sujeito (BAKHTIN, 2003) envolvido nesse processo de interação.

A leitura possui, então, múltiplos valores em nossa cultura e, ao contribuir com a constituição do cidadão, consequentemente, contribuirá para a construção da cidadania, já que é por meio de práticas sociais de leitura e escrita que o indivíduo terá a possibilidade de construir novas relações

com as informações presentes no mundo globalizado de uma forma dinâmica, social e crítica no processo democrático.

Discorrer sobre leitura é discorrer sobre cidadania e democracia e interligá-las a ideia de construção da consciência crítica, política e social do indivíduo, além de compreendê-la como “condição de cidadão que é o indivíduo no pleno gozo de seus direitos políticos e civis (XIMENES 2000, p. 170).”

Numa sociedade letrada, as informações circulam por inúmeros veículos de comunicação, portanto, estão intimamente ligados à leitura. Por isso, o uso social da leitura é algo contextualizado que acontece em diferentes espaços. Ao lermos qualquer texto, colocamos em ação valores (KLEIMAN 1995), crenças e atitudes que refletem nossas raízes socioculturais e, conseqüentemente, a formação da nossa cidadania.

Ademais, para a efetiva inserção em práticas sociais de leitura, que é um direito instituído, faz-se urgente que o cidadão dê conta de ler o mundo e ao seu redor, de tal forma que possa ser modificado e que modifique o mundo por meio de uma prática consciente, caso contrário, correrá o risco de não conseguir se libertar das ideologias presentes na sociedade, que tendem a aprisionar os leitores decodificadores (SELIGMAN, 2008). Em outras palavras, podemos afirmar, que sem a leitura crítica do mundo, o sujeito não será autônomo e, portanto, sem o exercício livre de sua cidadania.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 elegeu elementos fundantes que devem ser observados pelo Estado e pela sociedade, dentre

eles a cidadania, a dignidade humana e a participação democrática valor-base dos direitos fundamentais. Historicamente, apesar de ser um direito fundamental legítimo tal qual a educação e, de estar previsto em vários documentos legais citados, a cultura e a leitura não têm recebido atenção devida. É preciso garantir o acesso e permanência dos brasileiros na escola básica para efetivar o acesso aos letramentos e a formação de leitores.

Dados apontam que o Brasil ainda não inseriu em sua agenda educacional na totalidade o processo de formação de leitores. Falta hábito, incentivo e bibliotecas. Fato compreendido quando se busca o contexto histórico da alfabetização do país. Sendo fácil compreender o motivo da “Crise de leitura”. A leitura, como outros elementos essenciais no processo de ensino-aprendizagem somam-se a minimização de outros direitos humanos fundamentais e não raro despreza as artes, a cultura e a leitura por conseguinte. Por vezes a leitura tornou-se, de privilégio uma obrigação, pois o ato de ler é exercido somente pela pressão exercida por alguns movimentos didático-pedagógicos ou assenta-se no discurso conservador do ‘ler para crescer socialmente’.

Para mudar essa conjuntura é preciso, portanto, que todos, desde a escola, aos coletivos pontuais e a sociedade em geral se disponibilizem juntos num projeto que forme novos e bons leitores. Que a leitura se naturalize como elemento formador num *continuum* de cidadania e fazer democrático. Nessa assertiva pode-se indicar que há possibilidade de construção de uma sociedade em convergência aos letramentos,

a formação de leitores, pautada na cidadania, democracia e exercício pleno do direito a educação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BAKHTIN, M. Os gêneros do discurso. In: **Estética da criação verbal**. 4.ed. Trad. de Maria Ermantina Galvão; rev. de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CANOTILHO, J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASTRILLÓN, S. **O direito de ler e escrever**. Tradução: Marcos Bagno; São Paulo: Pulo do Gato, 2011.
- COSSON, R. **Letramento literário: teoria e prática**. São Paulo: Editora Contexto, 2009.
- EMBALÓ, M. M., SILVA, V. C., SANT'ANNA, S.M. L. **Ensino de língua portuguesa e o processo de letramento na Guiné Bissau RECC**. Canoas, v. 24, n. 2, p. 193-208, jul. 2019.
- FISCHER, A. **Literacias em Contexto Acadêmico: Construções e Sentidos**. MARÇALO, MJ et al, 2009 p. 160-180.
- FREIRE, P. **A importância do ato de ler**. 47. ed. São Paulo: Cortez, 2006
- GIARDINELLI, M. **Voltar a ler: propostas para ser uma nação de leitores**. São Paulo: Ed. Nacional, 2010.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Retratos da Leitura no Brasil**. 3ª ed.
São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2011.

KLEIMAN, A. (Org.). **Os significados do letramento: uma nova perspectiva sobre a prática social da escrita**.
Campinas: Mercado de Letras. 1995.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ORLANDI, E. Identidade linguística escolar. In. SIGNORINI, I. **Linguagem e identidade: elementos para uma discussão no campo aplicado**. Campinas, SP: Mercado, 1998.

ROJO, R. Letramento e capacidades de leitura para a cidadania. In: **Texto apresentado em Congresso realizado em maio de 2004**. São Paulo: SEE: CENP, 2004.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SELIGMAN, Laura. A escola e a formação do leitor crítico da mídia: políticas públicas no Brasil e em Santa Catarina. Dissertação (**Mestrado em Educação**). Universidade do Vale do Itajaí: Itajaí, 2008.

SILVA, E. **Criticidade e leitura: ensaios**. Campinas, SP: Mercado de Letras: Associação de Leitura do Brasil (ALB), 2002.

STREET, B. V. **Literacy in theory and practice**. London. Cambridge University Press, 1984.

VÓVIO, C.L., DE GRANDE P.B. O que dizem os educadores sobre si: construções identitárias e formação docente. In: VÓVIO, C.L., SITO, L., DE GRANDE P.B (org.) **Letramentos: rupturas**,

deslocamentos e repercussões de pesquisas em L.A.

Campinas: Mercado de Letras, 2010. P. 51-70.

XIMENES, Sergio. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed.

rev. e ampl. São Paulo: Ediouro, 2000.

ZILBERMAN, Regina. **A leitura e o ensino da literatura**.

Curitiba: InterSaberes, 2012.

O DIREITO À GRATUIDADE DE TRANSPORTE E O ESTATUTO DO IDOSO: UMA FERRAMENTA PARA EFETIVAR A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Emanuela Guimarães Barbosa
Gilsilene Passon P. Francischetto

INTRODUÇÃO

Vivemos uma realidade social em que o número de idosos 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 do idoso sob a ótica pretendida pelo Estatuto do Idoso. Analisar o direito social ao transporte de forma associada ao idoso se apresenta de fundamental importância pois o Estatuto do Idoso, enquanto ferramenta de proteção do idoso, completou, no corrente ano, 17 anos de vigência.

Em 10 anos a projeção feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é de que o percentual de pessoas residindo no Brasil com idade superior a 65 anos tenha aumentado em 3,71% (IBGE, 2020). Entendemos que tal fator é suficiente para demonstrar a essencialidade do debate acerca do reconhecimento e da efetivação dos direitos fundamentais dos idosos.

Entretanto aliado a esse fator numérico precisamos internalizar a necessidade de se aprofundar o debate jurídico no campo da luta por efetivação dos direitos principalmente por entendermos principalmente que o idoso 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 do Idoso, principalmente no que se refere a sua gratuidade, tendo em vista que dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal o direito ao transporte tem sido pensado como meio para acesso a outros direitos. No que se refere especificamente ao direito dos idosos o direito ao transporte é pensado como uma ferramenta para a efetivação da liberdade de locomoção, que por sua vez atua diretamente sobre outros direitos como a saúde, o lazer e a própria dignidade da pessoa humana.

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 social ao transporte pode ser compreendido como um direito fundamental-meio para o acesso a outros direitos fundamentais do idoso?

A presente pesquisa, em busca de responder ao questionamento proposto acima, se desenvolveu através do uso de método científico que se realizou principalmente através da utilização de fontes bibliográficas e jurisprudenciais sobre o tema. Tais fontes 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 dos idosos.

OS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

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 industrialização 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 (MARMELESTEIN, 2018, p. 46-47).¹

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.

A luta por reconhecimento e implementação dos direitos sociais decorre basicamente da constatação de que o *laissez-faire*², pautado no liberalismo econômico, deixou um legado social de exclusão e desigualdade, fatores que aliados as 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 a realidade dos trabalhadores, fundamentou o surgimento da teoria socialista de Marx que defende basicamente a necessidade de união entre os trabalhadores do mundo todo em busca de tomar o poder. Postura que aliada a 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*³, um modelo político que se apresenta de forma capitalista, porém 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 as questões e direitos trabalhistas, ele surge de forma compromissada também com os

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).

³ Expressão que significa Estado de bem-estar social.

denominados direitos econômicos, sociais e culturais⁴ fator essencial tendo em vista 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.

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 sociais.

As Constituições do México e de Weimar configuram marcos históricos importantes também para a realidade brasileira tendo em vista que influenciaram a inserção formal dos direitos 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 na garantia formal de um Estado Social, ressaltamos que o reconhecimento e a incorporação dos direitos sociais na linguagem dos direitos fundamentais não ocorreram nesse

⁴ O jurista George Marmelstein (2018, p. 48) define os direitos econômicos, sociais e culturais como sendo “aqueles direitos ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de sua qualidade de trabalhador, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc.”.

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, momento em que pela primeira vez se formalizou em texto constitucional direitos sociais, pouco se discutia acerca de direitos sociais como moradia, saúde ou mesmo educação e muito se discutia sobre a criação da justiça do trabalho demonstrando que muito havíamos ainda de percorrer para alcançarmos o cenário ideal de proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, cenário que nos dias atuais consideramos ainda como não alcançado.

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 é 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 humanos 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 através da EC nº 45/2004, referencia uma busca pela manutenção, no Brasil, “do seu tradicional privilégio de impunidade ao desprezar os direitos humanos dos mais fracos e pobres” que além de representar um retrocesso diante do princípio da supremacia absoluta da norma imperativa de direito internacional geral se configura como uma violação expressa ao disposto no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969 e promulgada no Brasil através 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, se ponderou 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 o compromisso do legislador constituinte de 1988 (MARMELSTEIN, 2018, p. 65) para com a sua causa ao optar por romper com uma realidade existente nas Constituições do Brasil anteriores elencando 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 através 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, *vide* ADI n.º 2076.

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 conseqüentemente do ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo através do 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 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 contraponto ao pensamento de Lassalle trazemos a visão de Konrad Hesse (1862, p. 19) ao expor 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 conseqüentemente 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” (MARMELSTEIN, 2018, p. 70-72).

A tratativa dos direitos sociais como direitos fundamentais nos leva a uma outra possível aplicação deles no que se refere a 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 si 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 passaremos a analisar 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.

A INSERÇÃO DO DIREITO AO TRANSPORTE VIA EMENDA CONSTITUCIONAL

O significativo elenco dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal 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 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, e por reconhecimento jurídico entenda-se a alocação no texto legal, constitucional ou não, de um direito, que no presente caso se apresenta 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 ao transporte, e das formas em que ele é 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” ações que impactam diretamente no cumprimento do disposto no artigo 3º da Constituição Federal ao elencar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos sem preconceito de idade, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

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 através 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 a essencialidade do direito ao transporte possui relação direta com a igualdade pois “Sem transporte, a liberdade de ir e vir também fica gravemente comprometida. Impor aos mais pobres uma condenação à imobilidade, seja pelas distâncias, seja pelas tarifas, ao mesmo tempo em que os proprietários de veículos podem usufruir de todos os espaços urbanos” (SENADO, 2014, p. 08) se apresenta como sendo 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 a abordagem passando a aferir os 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, o acesso ao transporte como um direito subjetivo conforme previsto no texto constitucional ou se o mesmo ficará a cargo de

efetivação através do Poder Judiciário pelo instrumento da judicialização da política.

No presente trabalho abordaremos, mais adiante, as questões atinentes a efetivação da gratuidade do direito ao transporte do idoso suscitada na ADI 3768-4 que questionou a constitucionalidade do disposto no artigo 39 do Estatuto do Idoso por violar a expectativa de receita do contratado.

OS DIREITOS SOCIAIS E O ESTATUTO DO IDOSO

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS DOS IDOSOS 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 conseqüentemente 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 direito do consumidor, do acesso à justiça e do idoso enquanto campos ainda não explorados.

Especificamente ao tratar dos direitos fundamentais sociais destinado aos idosos, 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 os idosos.

A Constituição Federal determina que “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares, garantindo, ainda, a gratuidade dos transpor-

tes públicos urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos” (SARLET, 2017, p. 668). Ao tratar especificamente do direito ao transporte 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 do Idoso. Ao tempo em que ressaltamos a importância dos direitos e garantias elencadas no Estatuto do Idoso 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 do idoso 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 a 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 social sem o intuito real de que a previsão legal se efetive, debate enfrentado por Marcelo Neves (1996, p. 322-324) ao abordar questões atinentes a 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 descreditando 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 ao idoso compilando diversos princípios previstos tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional previamente existentes.

Dentre as principais inovações legislativas alcançadas pelo Estatuto do Idoso Vilas Boas (2015) destaca, no que se refere ao dever de cuidado, a possibilidade do idoso optar por um dos prestadores da obrigação alimentar, ao lazer, a concessão do desconto de 50% nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos, à moradia, reserva de 3% das unidades residenciais nos programas de habitação, à acessibilidade, garantia de 5% das vagas nos estacionamento públicos e privados, à previdência, benefícios sociais e previdenciários, e à igualdade material, prioridade na tramitação dos processos, procedimentos e na execução de atos e diligências judiciais, em qualquer instância.

No que se refere especificamente ao transporte o Estatuto do Idoso prevê a concessão de vagas gratuitas nos transportes coletivos para o idoso 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.

A ADI 3768-4 EM FACE DO ARTIGO 39 DO ESTATUTO DO IDOSO

A disposição legal inserida no artigo 39 do Estatuto do Idoso, que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que tem mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, com exceção dos 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.

A ação visava o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 39 do Estatuto do Idoso 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”⁵ 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).” (grifo nosso).

Ao analisar o disposto no artigo 39 do Estatuto do Idoso 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 ser-

⁵ 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).

viços 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 a gratuidade se funda em um dispositivo constitucional inserido no texto da constituição através do exercício do poder constituinte originário.

Corroborando com o nosso entendimento de que o direito 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 a necessidade do idoso à gratuidade do transporte temos que considerar 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 (hum milhão, cento e trinta e oito mil e quatro) idosos perceberam o benefício de prestação continuada (BPC).

O BPC se trata de um benefício não contributivo da assistência social destinado a idosos e pessoas com deficiência que não possuem cobertura previdenciária e que possuam renda familiar per capita de até um quarto do salário mínimo. O referido número demonstra que há um elevado contingente de idosos de baixa renda no Brasil, considerados vulneráveis econômica e socialmente, que utilizam precipuamente do transporte coletivo gratuito.

Em busca de atualizar os dados informados na ADI acessamos o site da CGU e, através do portal da transparência, constatamos que atualmente nós temos no Brasil 4.663.426 (quatro milhões, seiscentos e sessenta e três mil, quatrocentos e vinte e seis) pessoas beneficiadas pelo BPC (CGU, 2020). Apesar de o site não nos fornecer especificações acerca do beneficiário, permitindo uma aferição exata do quantitativo de idosos beneficiários do BPC, é possível compreendermos que o quantitativo apresentado no site nos reporta a um crescimento no número de beneficiários (dentre os quais estão inseridos os idosos e as pessoas com deficiência) que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica e social e que dependem da efetividade do direito à gratuidade do transporte coletivo urbano.

Outro questionamento apresentado pela NTU e sabiamente descartado pela relatora da ADI 3768-4 diz respeito ao reconhecimento de que o direito do idoso não seria de primeira, mas de segunda, ou até mesmo terceira dimensão⁶.

⁶ 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.

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 do idoso na comunidade”. Segue a relatora associando a participação do idoso 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 eficácia e aplicabilidade do dispositivo constante no Estatuto do Idoso e na Constituição Federal que garantem a gratuidade do transporte do idoso, a Ministra Cármen Lúcia explicitou que (2007, p. 608) “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 a divergência relativa à idade considerada fator condicionante ao acesso a gratuidade do transporte coletivo urbano. Tal questionamento se funda no fato de que o Estatuto do Idoso,

(MARMELSTEIN, 2018, p. 55). No mesmo sentido, *vide* Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 329-330).

apesar de considerar idoso aquele 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 os idosos entre 60 a 65 anos.

No campo da jurisprudência outro debate travado está relacionado a lacuna existente no Estatuto do Idoso 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) esclarece, com base no princípio da unidade do ordenamento jurídico, que as previsões do artigo 39 se estendem aos transportes intermunicipais tendo em vista que a finalidade do estatuto é garantir ao idoso a autonomia necessária para a efetivação de seus direitos fundamentais.

O DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE COMO FERRAMENTA NA EFETIVAÇÃO DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS

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 conseqüentemente 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 fun-

damentais 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 através 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 do idoso que necessita do transporte gratuito para ter acesso a autonomia necessária à manutenção de sua liberdade, de sua inclusão social e do acesso aos 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 dos idosos, 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, hidrovieária e/ou rodoviária”.

Considerando que o direito ao transporte se relaciona diretamente a questões de mobilidade⁷ e acessibilidade⁸ outro não poderia ser o nosso entendimento se não pelo de que o direito fundamental social ao transporte se configurara, na realidade social brasileira, como uma ferramenta de acesso para a efetivação de outros direitos, fundamentais ou não, como 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) ao explicitar, dentre as funções dos direitos fundamentais, a sua função 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

⁷ 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”.

⁸ 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).

de meios financeiros suficientes e a uma possível resposta satisfatória do mercado.

Apesar de prever a possibilidade de satisfação dos direitos fundamentais através da utilização de recursos financeiros próprios e ainda através de uma resposta satisfatória do mercado é preciso considerar que Canotilho (1941, p. 408-409) faz uma ressalva no que se refere as “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 de transporte como ferramenta de acesso a outros direitos por parte do idoso, 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 exercer 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 dos idosos, atua reforçando a nossa compreensão de que o direito fundamental social ao transporte possui ligação direta com o cumprimento da dignidade da pessoa humana. Razão que, aliada ao reconhecimento de que o direito ao transporte é essencial ao alcance de outros direitos, enquanto direito

fundamental-meio, nos motiva a buscar a sua plena efetividade no campo social.

Avançando a análise ao campo social é indispensável pensarmos a efetividade da gratuidade do direito ao transporte do idoso como método de efetivação de outros direitos fundamentais sem ponderar as políticas públicas existentes e/ou executadas pelos poderes públicos através da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No âmbito federal tivemos em 1994 a edição da Lei n.º 8.842 que apesar de representar um avanço na busca da proteção, implementação e efetivação dos direitos dos idosos ao instituir a política nacional do idoso e prever como objetivo principal assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, não foi capaz de efetivar uma mudança significativa nas ações realizadas por parte dos poderes quando da efetivação dos direitos dos idosos.

Apesar da política nacional do idoso reconhecer a necessidade de uma ação conjunta entre as esferas do governo federal, estadual e municipal quando do planejamento, implementação e efetivação dos direitos sociais do idoso e dos artigos 5º e 6º da Lei n.º 8.842/1994 preverem especificamente que compete ao órgão ministerial responsável a assistência e promoção social a coordenação geral da política nacional do idoso, com a participação dos conselhos nacionais, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso (artigo 5º) e que os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos (artigo 6º) vivenciamos

uma postura disforme por parte do chefe do poder executivo federal que, em via contrária, editou decretos⁹ que acabam por desvirtuar a função dos conselhos, comissões e comitês chegando a reduzir radicalmente o número de conselheiros federais de 28 (vinte e oito) para 06 (seis) e mantendo como conselheiros somente aqueles diretamente ligados ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (vide artigo 3º) o que na prática representa retirar do debate as instituições da sociedade civil que tenham reconhecida representatividade na luta pela implementação do direito dos idosos.

Reduzindo o número de conselheiros e excluindo da sua atuação os representantes da sociedade civil o governo federal traça um caminho contrário aos interesses e as necessidades da classe idosa. Enquanto o crescimento da população idosa se efetiva no plano social e demanda cada vez mais o planejamento e a implementação de políticas públicas garantidoras de direitos temos um governo que opta por limitar a atuação do conselho nacional mitigando o debate com a sociedade civil diretamente interessada ao prever reuniões com periodicidade trimestral (vide artigo 6º do Decreto n.º 9.893/2019).

Precisamos compreender que a democracia participativa nos conselhos está sendo silenciada pelas políticas e escolhas do atual governo federal e que os espaços públicos de discussão estão sendo suprimidos. Segregar, repartir e dividir significa perder espaço e vez no debate e no processo

⁹ Vide Decreto n.º 9893, de 27 de junho de 2019 que dispõe sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa.

democrático, nunca foi tão necessário pensar, planejar, debater e implementar políticas públicas de forma interligada, em rede, vinculando as ações da União a ação dos Estados e Municípios.

Diferentemente não seria com os direitos sociais e as políticas públicas voltada aos idosos, é preciso orquestrar a nível nacional a implementação de políticas públicas de forma a estipular as diretrizes gerais de implementação dos direitos e a partir das diretrizes gerais designar aos Estados e Municípios a competência para traçar as ações e diretrizes específicas voltadas a implementação do direito social ao transporte diante de suas realidades e necessidades.

A importância de se estipular e pensar políticas públicas gerais através da esfera nacional se justifica na necessidade de se implementar políticas públicas uniformes contendo diretrizes obrigatórias mínimas de efetivação de proteção ao idoso.

A efetividade das políticas públicas nacionais e locais tem repercussão direta na cidadania dos idosos principalmente na realização do direito à 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 artigo 10 do Estatuto do Idoso, bem como da dignidade, enquanto ferramenta de acesso à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, nos termos do artigo 20 do referido estatuto.

Pugnamos, por fim, pela efetividade da gratuidade do transporte coletivo urbano aos idosos com o propósito de dar máxima aplicabilidade ao disposto no artigo 2º do Esta-

tuto 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 dos idosos, em efetivar a cidadania e 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 os nossos idosos possuem um valor inestimável, eis que representam a nossa origem e a nossa história. Precisamos urgentemente abandonar o sentimento de que os idosos representam apenas um fardo aos cofres públicos, de forma que abraçar a causa idosa como nossa é o que nos cabe, principalmente tendo em vista que essa causa, dentro do processo de envelhecimento em que estamos inseridos, será efetivamente nossa também.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar o direito ao transporte de forma associada aos direitos do idoso é de fundamental importância pois o Estatuto do Idoso completou, enquanto ferramenta de proteção, 17 anos de vigência no corrente ano. Tal análise ganha força diante do reconhecimento de que os direitos fundamentais são constantemente violados e de forma diferente não ocorreria com o direito dos idosos.

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.

Sobre a transcendência dos direitos fundamentais Bernardo Gonçalves (2017, p. 452) esclarece que falar em direito à liberdade de locomoção representa muito mais que falar em deslocamento. Representa pensar em como é possível acessar, permanecer, se deslocar e até mesmo sair do território nacional. Para além da locomoção propriamente considerada temos que refletir a locomoção enquanto ferramenta de acesso a outros direitos como à educação, à saúde e o lazer. Como falar em efetivação desses direitos sem a efetivação do direito ao transporte se o indivíduo precisa muitas vezes se deslocar ao local de fornecimento e sem mobilidade não há condições básicas de acessar tais direitos?

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 considera-

dos 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 dos idosos, 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 do Idoso, independentemente do motivo ou da causa que desperte essa necessidade.

Encerramos o presente trabalho reconhecendo que é preciso fomentar o debate em busca da implementação e da efetividade dos direitos dos idosos ao tempo em que pugnamos pela necessidade de reconhecimento, por parte dos nossos representantes, da efetivação de ações voltadas ao planejamento, implementação e execução de políticas públicas com a finalidade de orquestrar, elaborar e implantar diretrizes gerais obrigatórias a serem seguidas pelos demais entes públicos aqui representados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios enquanto responsáveis diretos pela implementação e efetivação dos direitos dos idosos.

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.

__. **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.

__. **Decreto nº 9.893/2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9893.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2021.

__. **Decreto nº 9.921/2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9921.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2021.

__. **Lei Federal nº 8.842/1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2021.

__. **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., 19ª reimp., 2003.

CGU. **Benefícios ao Cidadão**. BPC. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

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: 05/05/2020.

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: Daury Cesar Fabríz 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.

_____. **Algumas Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana e os Assim Chamados “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988**. In: Daury Cesar Fabríz 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 Antônio. **Estatuto do idoso comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Livro digital.

PAPEL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA

Carlos Henrique Bezerra Leite

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar as principais barreiras criadas pela Lei n. 13.467/2017, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista, no tocante ao acesso individual dos trabalhadores à Justiça do Trabalho e o papel que pode ser desempenhado pela ação civil pública para superar tais barreiras e promover a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Eis o problema a ser enfrentado: a ação civil pública pode ser utilizada como remédio constitucional destinado à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que criam obstáculos ao acesso à Justiça do Trabalho e como ação coletiva destinada a efetivar direitos fundamentais metaindividuais dos trabalhadores, especialmente os de natureza individual homogênea?

A LEI DA REFORMA TRABALHISTA E AS BARREIRAS DE ACESSO INDIVIDUAL DOS TRABALHADORES À JUSTIÇA DO TRABALHO

Pressionado pela grave crise econômica, pela recessão e pela onda de desemprego crescente no Brasil durante o governo da então Presidente da República Dilma Rousseff, que sofreu *impeachment*, o Presidente que a substituiu, Michel Temer, invocando a necessidade de modernizar a legislação trabalhista como meio de promover crescimento econômico e gerar novos empregos, editou, em 22 de dezembro de 2016, e encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.787, que instituía – na linguagem política do Governo – a chamada “minirreforma trabalhista”.

Em sua redação original, o referido PL 6.787/2016 alterava a CLT em apenas seis artigos da parte de direito material e um artigo da parte processual, a saber: o artigo 775, que institui a contagem de prazos processuais em dias úteis.

Tramitando pela Câmara dos Deputados, o Relator, ex-Deputado Federal Rogério Marinho, do PSDB/RN, modificou substancialmente o PL 6.787, que passou a ser numerado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 38/2017, contendo mais de 91 (noventa e um) artigos, além de inúmeros parágrafos, incisos e alíneas, totalizando mais de 220 alterações no texto enviado pelo ex-Presidente Michel Temer, tanto da parte material quanto da parte processual da CLT.

O PLC 38/2017 tramitou em tempo recorde na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, tendo sido sancionado na íntegra pelo Presidente da República Michel Temer e convertido na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, publi-

cada no DOU de 14 de julho de 2017, que entrou em vigor 120 dias após a data de sua publicação, ou seja, no dia 11 de novembro de 2017.

É notório o elevado déficit democrático na forma como foi encaminhado o projeto de lei e pela velocidade com que tramitou no Congresso Nacional, diferentemente do que se deu, por exemplo, com o projeto de lei que culminou no Código de Processo Civil de 2015.

Dentre os diversos dispositivos da CLT que foram criados, alterados ou revogados pela Lei 13.467, destacaremos nas próximas epígrafes aqueles de natureza processual que criaram obstáculos ao direito fundamental de acesso individual dos trabalhadores à Justiça do Trabalho.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

O § 3º do art. 790 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467, faculta “aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, sendo certo que o § 4º do mesmo artigo, com redação dada pela referida lei, prevê que o “benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

Salta aos olhos que os §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT dificultam o acesso à Justiça do Trabalho, pois não permitem a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores que percebam salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social ou que não consigam comprovar a insuficiência de recursos para custear as despesas do processo, sendo certo que mesmo se obtiverem o benefício da gratuidade da justiça os trabalhadores poderão ser responsabilizados pelo pagamento de honorários periciais, uma vez que o art. 790-B da CLT (com redação dada pela Lei 13.467/2017) prescreve que a “responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

A prova da situação de precariedade econômica poderia, antes da Lei da Reforma Trabalhista, ser feita mediante simples declaração, na própria petição inicial ou em documento a ela anexado, consoante previsão do § 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50 (redação dada pela Lei n. 7.510/86). Nesse sentido, a SDI-1 do TST editou a OJ n. 304, *in verbis*:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO. Atendidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50).

Essa OJ 304 da SBDI-1 do TST foi cancelada em decorrência da sua aglutinação ao item I da Súmula nº 463 do TST que, por sua vez, dispõe:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017 I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Como se extrai desse verbete sumular, a simples declaração de hipossuficiência econômica firmada pessoalmente pelo próprio trabalhador ou por seu advogado com procuração com poderes especiais para firmar tal declaração seriam condições suficientes para a obtenção do benefício da gratuidade processual, sendo, pois, presumida a prova da situação de precariedade econômica do declarante.

Ocorre que o novel § 4º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, dispõe que o “benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Vale dizer, pela literalidade do novo preceito, não basta a simples declaração, pois a parte só obterá o benefício da justiça gratuita se provar que recebe remuneração mensal

igual ou inferior a quarenta por cento do teto dos benefícios do regime geral da Previdência Social (CLT, art. 790, § 3º).

Essa exigência de comprovação do estado de hipossuficiência econômica constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e ao direito/princípio fundamental do acesso à Justiça para os trabalhadores, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional.

Por outro lado, os dispositivos ora focalizados, a par de estabelecerem obstáculo ao direito fundamental de acesso à justiça para os trabalhadores com hipossuficiência econômica, desestimulam os pedidos concernentes à tutela do meio ambiente do trabalho, como postulação de indenização por doenças ou acidentes do trabalho ou pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade, pois nessas demandas há, muitas vezes, obrigatoriedade de produção de prova pericial (*v. g.*, art. 195, § 2º, da CLT).

De tal arte, se o reclamante formular na ação individual dez pedidos que não demandem perícia e um que exija a prova pericial, *v.g.* adicional de insalubridade, havendo indeferimento deste último pedido será o reclamante condenado a pagar os honorários periciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Neste caso, se ele obteve o benefício da justiça gratuita, mas se os demais créditos decorrentes da ação (ou em outros processos judiciais) forem superiores ao valor devido a título de honorários periciais, o trabalhador sucumbente no pedido objeto da perícia, ainda que beneficiário da gratuidade, será responsável pelo pagamento dessa despesa processual.

Em outras palavras, a União somente arcará com o pagamento dos honorários periciais se o sucumbente no pedido que ensejou a prova pericial for beneficiário da justiça gratuita e não obtiver em juízo créditos capazes de suportar essa verba pericial.

OBRIGATORIEDADE DE PEDIDO LÍQUIDO EM AÇÕES TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

De acordo com a literalidade do § 1º do art. 840 da CLT, com nova redação dada pela Lei 13.467/2017, a petição inicial escrita nos dissídios individuais deverá conter: a) a designação do presidente da Vara, ou do juiz de Direito, a quem for dirigida; b) a qualificação do reclamante e do reclamado; c) uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio; d) o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor; e) a data; e f) a assinatura do reclamante ou de seu representante.

Foram, assim, por força da Lei 13.467/2017, instituídos novos requisitos da petição inicial da reclamação trabalhista no tocante ao pedido, o qual deverá ser: I – certo; II – determinado; III – com indicação de seu valor.

O novel § 3º do art. 840 da CLT (com redação dada pela Lei 13.467/2017), aplicável ao procedimento comum, passou a dispor que os pedidos que não atenderem ao disposto no § 1º (ou seja, se o autor não formular pedido certo, determinado e com indicação de seu valor), “serão julgados extintos sem resolução do mérito”.

Parece-nos que esses dispositivos devem ser interpretados conforme a Constituição, de modo a se afastar a inter-

pretação que implique obstáculo ao direito fundamental de acesso da parte ao Poder Judiciário, especialmente à Justiça do Trabalho, em razão da sua notória função social, máxime porque nessa Justiça especializada ainda vigora o *jus postulandi* das próprias partes (CLT, art. 791).

Especificamente, em relação ao novel § 3º do art. 840 da CLT, indaga-se: e se a petição inicial contiver apenas um pedido, sendo este não líquido (genérico)? Neste caso, penso que o juiz deverá interpretar essa regra conforme a Constituição (CF, art. 5º, XXXV), de modo a considerar que a liquidez do pedido é faculdade do autor, e não obrigação.

Trata-se de interpretação analógica dada pelo STF ao art. 625-D da CLT, que foi interpretado conforme a Constituição no sentido de ser faculdade do autor a submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia - CCP (STF, ADI 2.139-7), de modo que qualquer juiz ou tribunal pode/deve, incidentalmente, interpretar o § 3º do art. 840 da CLT conforme a CF (CF, art. 5º, XXXV), para assegurar ao autor o pleno exercício do seu direito fundamental de acesso à justiça.

Ainda que assim não fosse, parece-nos que o juiz deverá, caso interprete literalmente o § 3º do art. 840 da CLT, evitar a decisão surpresa, ou seja, antes de extinguir o processo ou o pedido sem resolução do mérito, dará oportunidade à parte para sanar eventual defeito, falha ou irregularidade na petição inicial, por aplicação subsidiária do art. 321 do CPC, autorizada pelo art. 769 da CLT.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGEM, EVOLUÇÃO, CONCEITO, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

No elenco dos instrumentos jurídicos brasileiros destinados à defesa dos direitos ou interesses metaindividuais e à facilitação do acesso coletivo ao Judiciário destaca-se a ação civil pública, sendo pertinente a observação de Édis Milaré:

Numa sociedade como essa – uma sociedade de massa – há que existir igualmente um processo civil de massa. A “socialização” do processo é um fenômeno que, embora não recente, só de poucos anos para cá ganhou contornos mais acentuados, falando-se mesmo em normas processuais que, pelo seu alcance na liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam* vão além dos avanços verificados nos países socialistas. “Tudo é público e qualquer pessoa pode tutelar direitos” (...) A ação civil pública insere-se nesse quadro de grande democratização do processo (...) e num contexto daquilo que, modernamente, vem sendo chamada de “teoria da implementação”, atingindo, no direito brasileiro, características peculiares e inovadoras. De fato, os direitos conferidos no plano material só fazem sentido quando o ordenamento jurídico coloca nas mãos de seus titulares ou de seus representantes ideológicos (Ministério Público, associações, etc.) mecanismos efetivos para seu exercício. Essa a missão da ação civil pública¹.

Prevista, inicialmente, na Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, cujo art. 3º, III, vaticinava: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover

¹ Ação civil pública em defesa do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 231-232. Registra-se que o texto foi parafraseado de Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant G. Introduction policies, trends and ideas in civil procedure. In: *Civil procedure, international encyclopedia of comparative law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. v. 16, p. 66.

a ação civil pública, nos termos da lei”. Era, pois, uma ação exclusiva do Ministério Público.

Em 24 de julho de 1985, o legislador brasileiro, influenciado por processualistas de primeira linha, entre eles Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Édis Milaré, Nelson Nery Junior e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, editou a Lei n. 7.347, também conhecida por Lei da Ação Civil Pública ou pela sigla LACP.

De acordo com a redação original da LACP, o objeto desta ação especial residia apenas na reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico².

Com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia fundamental, ampliando-se consideravelmente o seu objeto não apenas para a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens referidos no parágrafo anterior, mas também para “a proteção do patrimônio público e social” e “de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

A partir da Carta de 1988, portanto, já havia permissão para o manejo da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, pois o art. 128, I, da CF não fez – e realmente

² O projeto aprovado no Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial alargava, no inciso IV do art. 1º, o âmbito da ação civil pública para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, mas esse inciso recebeu veto do então Presidente da República, José Sarney, que foi mantido pelo Poder Legislativo.

não faz – qualquer distinção entre os “ramos” do Ministério Público legitimados a promover a ação civil pública³.

Sobreveio o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), cujo art. 110 acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, restabelecendo, assim, um dos objetivos previstos originariamente no anteprojeto da LACP: a proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Mesmo diante da perfeita sintonia entre o CDC (arts. 90 e 110 *usque* 117) e a LACP (art. 21), formando ambos, sem nenhuma ressalva quanto aos órgãos jurisdicionais encarregados de conhecer e julgar a ação civil pública, um sistema integrado de proteção a quaisquer interesses metaindividuais, o certo é que, na prática, foi inexpressiva, durante esse período, a utilização da ação civil pública na Justiça do Trabalho.

Somente a partir de 20 de maio de 1993, quando entrou em vigor a Lei Complementar n. 75, também chamada de Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU, é que, por força do seu art. 83, III, a ação civil pública passou a ser expressamente cabível na Justiça do Trabalho⁴.

³ Nesse sentido: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade*. p. 13-14; ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, Estado democrático*. p. 238-239; NAZAR, Nelson. *Novas ações judiciais da Procuradoria da Justiça do Trabalho*. p. 206-246. É importante ressaltar que esses dois autores mencionavam apenas a CF e a LACP, sem fazer qualquer referência ao CDC. Em sentido contrário: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *Procuradoria da Justiça do Trabalho – ação civil pública*. p. 274-276, para quem seria imprescindível a existência de lei específica dando competência à Justiça do Trabalho para conhecer e julgar ação civil pública.

⁴ LC 75/18993, art. 83: Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Não obstante, ainda continuaram, na doutrina e na jurisprudência, diversas restrições de ordem processual para a utilização da ACP na seara laboral, tais como: competência funcional, que seria segundo alguns, a exemplo dos dissídios coletivos, originária dos tribunais, e a *legitimatío ad causam* do Ministério Público do Trabalho, que seria apenas para defender interesses coletivos *stricto sensu*, em função da literalidade do art. 83, III, da LOMPU, e não os interesses difusos e individuais homogêneos.

Não há consenso doutrinário acerca do conceito de ação civil pública. Para uns, ela é o “direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional”⁵. Há quem conceitue a ação civil pública como “instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica”⁶.

Esses conceitos, *venia permissa*, são insuficientes para traduzir, com precisão, a ideia, a noção, dessa espécie de demanda. No primeiro caso, a proposta conceitual mostra-se demasiadamente ampla, uma vez que interesse público e interesses metaindividuais são categorias distintas.

A segunda formulação conceitual, ao revés, apresenta-se extremamente restritiva, porquanto despreza “patrimônio público e social” e “outros interesses difusos e coletivos”, categorias que foram introduzidas com a nova ordem constitucional brasileira (CF, art. 129, III).

⁵ MILARÉ, Édís. *A ação civil pública em defesa do meio ambiente*, cit., p. 235.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular...*, cit., p. 142.

Considerando os elementos legitimidade, objeto e coisa julgada como características indispensáveis às ações coletivas, Antonio Gidi conceitua a ação coletiva, gênero que tem como uma das espécies a ação civil pública, como “a ação proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*)⁷.

Pensamos que a conceituação deste tipo especial (e não excepcional) de demanda não pode deixar de levar em conta o seu novo perfil constitucional e a sua destinação precípua, qual seja, a de proteger quaisquer interesses coletivos *lato sensu*.

Com o escopo de oferecer modesta contribuição para o adequado estudo da matéria, parece-nos factível propor que a ação civil pública é o meio (*a*) constitucionalmente assegurado (*b*) ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei (*c*) para promover a defesa judicial (*d*) dos interesses ou direitos metaindividuais (*e*).

É o meio (*a*), aqui empregado no sentido de remédio ou garantia fundamental que propicia o acesso dos titulares materiais metaindividuais à prestação jurisdicional.

Constitucionalmente assegurado (*b*), porque a ação civil pública encontra-se catalogada expressamente na Constituição Federal (art. 129, III), e isso é de extrema importância, uma vez que ela não poderá ser eliminada de nosso ordenamento por norma infraconstitucional.

Ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei (*c*), pois a *legitimatío ad causam*

⁷ *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

em tema de ação civil pública decorre de expressa previsão na Constituição Federal (art. 129, III e § 1º) ou na Lei (LACP, art. 5º; CDC, art. 82).

Para promover a defesa judicial (*d*), porquanto a ação civil pública é concebida sob a perspectiva da função promocional do Estado contemporâneo, que cria novas técnicas de encorajamento para que sejam defendidos os interesses sociais, propiciando-lhes adequada tutela jurisdicional. Nesse sentido, leciona Norberto Bobbio:

Nelle costituzioni liberali classiche la funzione principale dello stato appare essere quella di tutelare (o garantire); nelle costituzioni post-liberali, accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequentemente quella di promuovere (...) I nostri studiosi di diritto costituzionale hanno ormai da tempo richiamato l'attenzione sulla contrapposizione tra misure autoritative e coercitive e misure di stimolo o d'incentivazione: questa contrapposizione coglie bene il passaggio all'uso sempre più frequente delle tecniche d'incoraggiamento, su cui intendiamo richiamare l'attenzione in queste pagine⁸.

Dos interesses ou direitos metaindividuais (*e*), expressões juridicamente sinônimas que exprimem o gênero de que são espécies os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, a expressão “e de

⁸ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 25. Numa tradução livre: “Nas constituições liberais clássicas a função principal do Estado parece ser a de tutelar (ou de garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado da função de proteção ou de garantia, parece mais e mais frequentemente aquela função de promover (...) Nossos constitucionalistas têm agora voltado a atenção para o contraste entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de impulsão: esta contraposição recolhe bem a passagem ao uso mais e mais frequente das técnicas de encorajamento, sobre a qual dedicamos nossa atenção nestas páginas”.

outros interesses difusos e coletivos”, prevista no art. 129, III, da CF, comporta interpretação extensiva, isto é, permite ao legislador infraconstitucional catalogar outros interesses, de natureza metaindividual, que considerar socialmente relevantes, como é o caso dos individuais homogêneos.

O conceito ora formulado pode ser transplantado para a ação civil pública cometida ao Ministério Público do Trabalho, desde que acresça no seu objeto a defesa dos interesses metaindividuais decorrentes das relações jurídicas de trabalho ou de emprego que forem da competência da Justiça Especializada.

Segundo a literalidade do art. 83, III, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (ou simplesmente LOMPU), a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação civil pública, “para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

Como essa norma refere apenas os “interesses coletivos” relativos aos “direitos socialmente garantidos”, surgem três perguntas inevitáveis: será cabível a ação civil pública, no âmbito da Justiça Laboral, que tenha por objeto a defesa dos direitos ou interesses difusos? E dos individuais homogêneos? Será que a ação civil pública trabalhista é diversa da prevista na LACP?

Com relação às duas primeiras perguntas, responde-se positivamente. Isso porque, como é cediço, não existe norma jurídica, por mais clara que possa parecer, que não comporte interpretação, principalmente no caso do direito brasileiro, que recebeu forte influência da teoria pura e da teoria do

ordenamento jurídico. Vale dizer, as normas que compõem o sistema jurídico pátrio, que têm na Constituição a norma-ápice da pirâmide normativa, não se encontram isoladas; antes se interligam a outras normas, compondo todas a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Destarte, o art. 83, III, da LOMPU há de ser interpretado em sintonia com o art. 129, III, da CF, que não deixa margem de dúvida quanto à aplicação da ACP não apenas para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas, também, para a proteção “de outros interesses difusos e coletivos”.

Em nível constitucional, outrossim, é lícita a interpretação extensiva e sistemática dos arts. 129, III e IX, e 127 da CF no sentido de alargar o espectro da ação civil pública para a defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e homogêneos.

Daí a necessidade de adequar a interpretação da norma hierarquicamente inferior à previsão constitucional. Não é preciso declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 83 da LOMPU, sendo suficiente, *in casu*, interpretá-lo conforme a Constituição⁹.

⁹ Diz Paulo Bonavides que a “interpretação das leis ‘conforme a Constituição’, se já tornou-se método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta. Em rigor, não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte constitucional de Karls, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito. A *Verfassungskounforme Auslegung*, consoante decorre de explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’ e, ao ser assim interpretada, con-

Ademais, a norma de encerramento contida no art. 84, *caput*, da LOMPU complementa o rol de atribuições do Ministério Público do Trabalho, nos seguintes termos: “Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I...”.

No Título I, Capítulo II (arts. 6º *usque* 8º), da LOMPU estão os “instrumentos de atuação” de todos os ramos do MPU – que abrange, por força do art. 128, I, da CF, o MPF, o MPT, o MPM e o MPDF –, dentre os quais a ação civil pública.

Com efeito, dispõe o art. 6º, VII, da LOMPU:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...) VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
- d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

No que concerne à terceira pergunta, convém registrar que em um julgado antigo da SDC do TST restou assentado no voto vencedor do ministro relator que as ações civis públicas “previstas nas Leis ns. 7.347/85 e 7.913/89 estão voltadas para situações bem diferentes da Ação Civil Pública de que

servar o seu sentido ou significado” (*Curso de direito constitucional*, p. 474).

cogita o art. 83, item III, da Lei Complementar n. 75/93 (...). A ACP aproxima-se muito do Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, já que não visa nunca o estabelecimento de 'Normas e Condições de Trabalho' (...) A ACP do Ministério Público do Trabalho, por conseguinte, ficou com seu campo delimitado à infringência de disposições constitucionais referentes a empregados e empregadores..."¹⁰.

Esse entendimento, *data maxima venia*, é equivocado, pois simplesmente ignora a existência do sistema integrado (CF, LOMPU, LACP e CDC) de acesso coletivo dos trabalhadores à Justiça do Trabalho¹¹, que é o único, dada a inexistência de legislação específica em matéria laboral, capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela, via ação civil pública no âmbito trabalhista, de qualquer interesse ou direito metaindividual dos trabalhadores.

A leitura isolada das primeiras normas da LACP pode levar à conclusão apressada de que o fim único da ação civil pública é responsabilizar qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, por danos morais ou patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, paisagístico ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (Lei n. 7.347/85, art. 1º), podendo, para tanto, "ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (art. 3º).

¹⁰ TST-ACP n. 92.867/93.1, Ac. SDC n. 400/94, de 18-4-1994, rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, *DJU* 20-5-94.

¹¹ A esse novo sistema atribuímos o nome de "jurisdição trabalhista metaindividual".

Nessa ordem, seria factível afirmar que, abstraindo-se o conceito genérico de que toda ação possui conteúdo declaratório, a ação civil pública visaria, em linha de princípio, a um provimento jurisdicional de natureza condenatória.

Ocorre que a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia fundamental dos direitos ou interesses metaindividuais. Esse seu novo perfil leva em conta não apenas a “reparação”, mas acima de tudo a “proteção” daqueles importantes interesses ou direitos (CF, art. 129, III).

O vocábulo “proteção” tem significado amplo, nele se compreendendo a prevenção e a reparação, como o fez, de forma explícita, o art. 25, IV, *a*, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93 – ou simplesmente LONMP)¹².

Não se pode olvidar, no entanto, que o art. 21 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pelo art. 117 do CDC, manda aplicar “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Entre as normas que integram o Título III do CDC, está a prevista no seu art. 83, que diz: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Assiste, pois, razão a Hugo Nigro Mazzilli, quando faz a seguinte observação:

Em tese, são admissíveis quaisquer ações civis públicas ou coletivas, pois à LACP aplicam-se subsidiariamente o CDC ou o CPC. Cabem

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. p. 102.

ações condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias ou constitutivas. Como exemplos, afigure-se a necessidade de reparar ou impedir um dano (ação condenatória ou cautelar satisfativa), ou de declarar nulo (ação declaratória) ou anular (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público ou ao meio ambiente. (...) Combinados os arts. 83 e 110 do CDC com o art. 21 da LACP, permite-se agora aos colegitimados à ação civil pública ou coletiva defendam qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, com qualquer rito, objeto ou pedido¹³.

Idêntico é o pensamento de Nelson Nery Junior, para quem a

LACP, em sua edição original, em 1985, previa apenas a possibilidade de serem ajuizadas ação de responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ou incidente. Com o advento do CDC, o âmbito de abrangência da LACP foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos protegidos pela LACP (CDC 83, 90; LACP 21). Assim, hoje é possível, *v.g.*, a propositura de ação de anulação de contrato administrativo lesivo ao meio ambiente (Nery, CDC Coment., 663). São admissíveis as ações constitucionais, como por exemplo o mandado de segurança e o mandado de injunção. Não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP 5º e CDC 82 estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁴.

As considerações acima são perfeitamente adaptáveis à ação civil pública proposta no âmbito da Justiça do Trabalho,

¹³ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. p. 67.

¹⁴ *Código de Processo Civil comentado*. Nota 9. p. 1504.

na medida em que também nesse domínio ela pode ter caráter preventivo ou reparatório, condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental, sendo certo que seu objeto será sempre a proteção de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

A única condição para a sua adequada utilização no processo do trabalho é que a matéria nela tratada tenha conteúdo trabalhista, pois somente assim poderá adequar-se à moldura do art. 114 da CF, que trata da competência da Justiça do Trabalho.

A rigor, o que delimita a competência – em razão da matéria ou da pessoa – da Justiça do Trabalho é o pedido e a causa de pedir contidos na ACP. Vale dizer, a matéria veiculada na ACP deve ser de natureza trabalhista e emergir das relações jurídicas entre empregados e empregadores ou, na forma da lei, de outras relações de trabalho.

Nesse sentido, o STF já decidiu, por exemplo, que compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar ACP promovida pelo MPT em matéria de meio ambiente do trabalho:

COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. Tendo a ação civil pública como causa de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho (STF-RE 206.220-1, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., j. 16-3-1999, in *Informativo STF* n. 142, março/99).

No mesmo sentido é a Súmula 736 do STF, *in verbis*: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

A competência material e pessoal da ação civil pública na Justiça do Trabalho decorre da conjugação do art. 114, I e IX, da CF e do art. 83, III, da LOMPU, sendo importante assinalar que o art. 2º da LACP prescreve que a ACP deverá ser proposta “no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Extraí-se dessa última norma que o legislador elegeu dois critérios que devem ser aplicados simultaneamente em tema de competência para a ACP. Noutro falar, o juiz do local do dano é, a um só tempo, funcional e territorialmente competente para processar e julgar a ACP.

No âmbito do processo laboral, portanto, à míngua de legislação específica, a ação civil pública deve ser proposta perante os órgãos de primeira instância, ou seja, as Varas do Trabalho do local onde ocorreu ou deva ocorrer a lesão aos interesses metaindividuais defendidos na demanda coletiva. Nesse sentido, a OJ n. 130 da SBDI-2:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI N. 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93. I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.

De tal arte, e sob qualquer ângulo que se examine a questão, a competência originária, territorial e funcional para a ação civil pública será sempre das Varas do Trabalho, observados os critérios estabelecidos na OJ n. 130 da SBDI-2, não colhendo, *data venia*, a interpretação de que a ACP trabalhista teria feição de DC e, por isso, deveria ser julgada originariamente pelos TRTs ou TST.

LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM

A legitimação do MP para a ACP “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na CF e na lei”. É o que se extrai da interpretação sistemática do art. 129, III, e seu § 1º da CF.

Vale dizer, em se tratando de ACP, a legitimação ativa *ad causam* emerge da aplicação conjunta da CF (art. 129, III e seu § 1º), da LACP (art. 5º), do CDC (art. 82), da LOMPU (art. 6º, VII)¹⁵ e da LONMP (art. 25, IV). Isso significa, em síntese, que são legitimados para a ação:

- a) o Ministério Público (da União e dos Estados – art. 128 da CF, art. 5º, I, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, I, da Lei n. 8.078/90);
- b) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 5º, III, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, II, da Lei n. 8.078/90);
- c) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinadas à defesa dos interesses metaindividuais (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85 e art. 82, III, da Lei n. 8.078/90);

¹⁵ A legitimação do MPT para a ACP no processo do trabalho está prevista no art. 83, III, da LOMPU.

- d) as associações¹⁶ legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses metaindividuais, podendo, no entanto, o requisito da pré-constituição ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85);
- e) a Defensoria Pública (da União e dos Estados – art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 11.448/2007).

Além destes legitimados, lembramos que a OAB também detém legitimidade ativa *ad causam* para promover ACP, nos termos do art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94, que dispõe, *in verbis*:

Art. 54. *Compete ao Conselho Federal:*

(...) XIV – ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, *ação civil pública*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei. (grifos nossos)

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o critério ampliativo em tema de legitimação ativa para a ACP, uma vez que a própria Constituição permite que a lei possa dispor sobre legitimação de terceiros para as ações civis constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público. Por essa razão, entendemos não serem incompatíveis com a Constituição as leis que conferem legitimação às Defensorias Públicas (Lei n. 11.448/2007, que deu nova redação ao art. 5º, II, da

¹⁶ Associações civis constituem o gênero do qual são espécies as associações cooperativas, os sindicatos etc.

LACP) ou ao Conselho Federal da OAB (Lei n. 8.906/94, art. 54, XIV) para ajuizar ação civil pública.

De todos os legitimados para a ACP, parece-nos que somente o MPT detém legitimidade ativa para defender todos os direitos ou interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Há, porém, controvérsias a respeito da sua atuação em defesa dos direitos individuais homogêneos. Para alguns, somente os indisponíveis; para outros, os indisponíveis com repercussão social. Existem, ainda, os que sustentam a legitimação ministerial para quaisquer direitos individuais homogêneos.

A nosso ver, os direitos individuais homogêneos trabalhistas são também direitos sociais (CF, arts. 6º, 7º, 127 e 129, III e IX). Logo, o MPT estará sempre legitimado para defendê-los.

O TST vem reconhecendo a legitimação do Ministério Público do Trabalho¹⁷ em ação civil pública que tenha por objeto a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos relacionados ao Direito do Trabalho. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. INSALUBRIDADE NO AMBIENTE E NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO OBSOLETO. ACIDENTES DE TRABALHO, INCLUSIVE CAUSADORES DE DEFORMIDADES FÍSICAS. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DOS TRABALHADORES. 1. A Constituição da República de 1988, em seus arts. 127 e 129, confere legitimação ativa ao Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil

¹⁷ Sobre o tema, conferir: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

pública ajuizada na Justiça do Trabalho, promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (subespécie de interesse coletivo). 2. De acordo com a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, “Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. Constituição Federal, art. 127, *caput*, e art. 129, III.” (RE-195056/PR – Paraná, DJ 14.11.2003). 3. O interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, ao ajuizar ação civil pública trabalhista, radica no binômio necessidade-utilidade da tutela solicitada no processo, com a finalidade de que a ordem jurídica e social dita violada pelo réu seja restabelecida, hipótese de medida de proteção à higidez física e mental dos trabalhadores envolvidos no conflito. 4. A circunstância de a demanda coletiva envolver discussão acerca de direitos que variem conforme situações específicas, individualmente consideradas, como entendeu o Tribunal Regional, não é suficiente, por si só, para impor limites à atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses sociais, sob pena de negar-se vigência ao art. 129, III, da Constituição Federal, que credencia o *Parquet* a propor ação civil pública relacionada à defesa do interesse coletivo amplo, consubstanciado, na espécie, em exigir a observância das normas trabalhistas, de ordem pública e imperativa, as quais disciplinam a saúde e segurança dos trabalhadores, em relação aos empregados da ré e constituindo a origem comum do direito reivindicado na ACP. 5. Na ação coletiva, a sentença será, necessariamente, genérica, fazendo juízo de certeza sobre a relação jurídica controvertida, e a individualização do direito far-se-á por meio de ação de cumprimento pelo titular do direito subjetivo reconhecido como violado na demanda cognitiva. Recurso de revista conhecido e provido (TST-RR 176440-90.2002.5.03.0026, 1ª T, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, *DEJT* 4-2-2010).

Em relação à legitimação passiva, entendemos que qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado,

poderá ser ré ou corré, assistente simples ou litisconsorcial do demandado na ACP¹⁸.

Na ACP promovida para tutelar interesses ou direitos metaindividuais trabalhistas, o MPT (ou qualquer outro legitimado) poderá agir tanto na qualidade de legitimado autônomo para a condução do processo quanto na de substituto processual.

No primeiro caso, ele atua em defesa dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, por força da aplicação conjunta da CF (art. 129, III), da LACP (*in totum*), do CDC (arts. 81 *usque* 90, 103 e 104) e da LOMPU (arts. 83, III, e 84 c.c. 6º, VII, *d*).

Já na segunda hipótese, o MPT (ou qualquer outro legitimado) defende direitos ou interesses individuais homogêneos, em consonância com o disposto na CF (arts. 127, *caput*, e 129, IX), na LACP (art. 21), no CDC (arts. 81 *usque* 100, 103 e 104), na LOMPU (arts. 83, III, e 84 c/c 6º, VII, *d*) e, subsidiariamente, no NCPC (art. 18)¹⁹.

O sindicato, como espécie do gênero associação civil, também é legitimado ativo para promover a ACP no âmbito da Justiça do Trabalho. Há, porém, cizânia doutrinária a respeito de sua legitimidade para tutelar os direitos ou interesses difusos, na medida em que, “segundo o disposto na Constituição (art. 8º, III) e na lei (CLT, art. 513, *a*)”, o sindicato brasileiro, em função do antidemocrático princípio da unicidade sindical, possui legitimidade apenas para defender direitos ou interesses coletivos e individuais da categoria

¹⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. p. 215 e s.

¹⁹ Sobre legitimação do MPT para defender interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, recomendamos a leitura do nosso *Direito processual coletivo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

(ou individuais homogêneos). Quanto à jurisprudência do TST, colecionamos o seguinte julgado:

RECURSO DE EMBARGOS. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. A homogeneidade dos direitos buscados em juízo está vinculada à lesão comum e à natureza da conduta, de caráter geral, ainda que alcance a titularidade de diversos indivíduos envolvidos na relação jurídica. A norma constitucional, ao assegurar ao sindicato a defesa judicial dos direitos individuais da categoria, autoriza a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria, cuja titularidade diz respeito a uma coletividade de empregados representados pelo sindicato, abrangendo ou não toda a categoria. Este é o conceito que se extrai do art. 81, inciso III, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual constituem interesses individuais homogêneos “os decorrentes de origem comum”. Deste modo, tratando-se de ação que visa a condenação da ré ao pagamento de horas extraordinárias (adicional de sobreaviso e intervalo interjornada) “que embora materialmente individualizáveis, são de origem comum”, resta consagrada a homogeneidade que viabiliza a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Sindicato da categoria. Embargos conhecidos e desprovidos” (TST-E-ED-RR 275800-51.2009.5.09.0069, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, *DEJT* 14-11-2013).

O PAPEL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Como a ação civil pública é uma garantia, um remédio, de natureza constitucional, para tutela de direitos ou interesses metaindividuais (difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos), ela poderá ser utilizada no âmbito da Justiça do Trabalho diante das hipóteses em que o autor dessa

demanda coletiva vislumbrar lesão ou ameaça a direitos metaindividuais dos trabalhadores.

Nessa ordem, a ação civil pública poderá questionar dispositivos da Lei 13.467/2017 que impliquem violação ao direito fundamental de acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho.

Para tanto, a ação civil pública poderá ser manejada como instrumento de controle incidental de constitucionalidade e de convencionalidade dos dispositivos da Lei 13.467/2017.

Vale lembrar que o controle incidental de constitucionalidade, que pode ser exercido difusamente por qualquer juiz ou tribunal, não fica prejudicado com o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) que estão tramitando no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Reforma Trabalhista. É dizer, a ação civil pública será pertinente para questionar, *incidenter tantum*, inconstitucionalidades da Lei da Reforma Trabalhista que afrontam os Direitos Fundamentais trabalhistas e os princípios do regime de emprego socialmente protegido, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da função socioambiental da propriedade e da empresa e da vedação ao retrocesso social.

No tocante ao controle de convencionalidade, a ação civil pública poderá ser promovida para questionar os dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista à luz da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demais Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), da

Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Organização dos Estados Americanos (OEA).

Nessa ordem, e tendo em vista que o STF vem entendendo que tais normas internacionais, quando não aprovadas pelo rito do § 3º do art. 5º da CF/88, têm hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, exsurge a possibilidade do controle (direto ou incidental) de convencionalidade, a cargo de qualquer juiz do trabalho ou tribunal regional do trabalho, sendo que última instância, *in casu*, seria o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a quem caberia derradeira palavra sobre o controle de convencionalidade, e não o STF, pois a *quaestio iuris* diria respeito a interpretação e aplicação de normas de hierarquia infraconstitucional, e não de hierarquia constitucional.

No que concerne à ação civil pública como espécie de ação coletiva destinada a efetivar direitos fundamentais metaindividuais dos trabalhadores, especialmente os de natureza individual homogênea, parece-nos que ela poderá ser utilizada com bastante frequência para superar os obstáculos da exigência de comprovação da situação de miserabilidade econômica e da obrigatoriedade do pedido líquido.

Com efeito, no microsistema do processo coletivo tem lugar o princípio da gratuidade das despesas processuais, como se infere do art. 87 e seu parágrafo único do CDC (Lei nº 8.078/90), nos seguintes termos:

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo

comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Tal princípio foi reproduzido expressamente no art. 18 da Lei de Ação Civil Pública, segundo o qual:

Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

De tal arte, nas palavras dos autores do Anteprojeto do CDC, em se tratando “de ações coletivas, o legislador procurou facilitar ao máximo o acesso à justiça e a defesa dos direitos em juízo”.²⁰

De outra banda, a ação civil pública poderá ser manejada para superar o óbice da obrigatoriedade do pedido líquido imposta à petição inicial das ações trabalhistas individuais (CLT, art. 840, § 1º), uma vez que os direitos nelas veiculados também podem ser tutelados por meio da ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos.

Com efeito, nas ações coletivas (ou civis públicas) para tutela de direitos individuais homogêneos a condenação, em caso de procedência, será genérica, por força do art. 95

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al]. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 121.

do CDC. Logo, o pedido em tais ações será necessariamente genérico, o que implica a inaplicabilidade da exigência do pedido líquido. Mesmo porque, nas referidas ações coletivas, não se analisa, na fase cognitiva do processo, o pedido de cada trabalhador substituído processualmente, o que somente ocorrerá, posteriormente, na fase de liquidação e execução da sentença coletiva condenatória genérica.

Destarte, os legitimados para a ação civil pública na Justiça do Trabalho, em especial o MPT e os sindicatos, poderão promover a tutela dos direitos ou individuais homogêneos por meio de ações coletivas (ou ações civis públicas) para tornar efetivos os direitos fundamentais dos trabalhadores sem que estes corram o risco de pagarem as despesas do processo, mormente aqueles que se encontram em situação de miserabilidade econômica, superando, assim, as barreiras de acesso à Justiça do Trabalho criadas pela Lei da Reforma Trabalhista.

CONCLUSÃO

Como síntese das conclusões tópicas já lançadas no desenvolvimento deste estudo, podemos dizer que a ação civil pública, como remédio ou garantia fundamental, constitui uma das mais importantes ferramentas judiciais para proteção dos direitos fundamentais sociais metaindividuais dos trabalhadores.

Além disso, poderá ser um instrumento eficaz para a interpretação e aplicação, em dimensão metaindividual, dos dispositivos infraconstitucionais, especialmente os da Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), que alterou substancialmente o sistema de proteção juslaboral brasileiro.

Para tanto, os legitimados *ad causam* para a ação civil pública poderão requerer e os órgãos da Justiça do Trabalho deverão declarar, por provocação ou *ex officio*, a inconstitucionalidade ou a inconveniência dos dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que estejam em desarmonia com as normas (valores, princípios e regras) da Constituição Federal de 1988 e com os documentos (tratados, pactos e convenções) internacionais de proteção ao trabalho digno e decente dos quais o Brasil seja parte.

Além disso, a ação civil pública poderá ser ajuizada tanto para viabilizar o acesso dos trabalhadores em situação de miserabilidade econômica, em função do princípio da gratuidade, quanto para superar a exigência do pedido líquido imposta à petição inicial das ações trabalhistas individuais (CLT, art. 840, § 1º), porquanto, em caso de procedência, a condenação será genérica, por força do art. 95 do CDC, o que significa dizer que o pedido em tais ações será necessariamente genérico.

Enfim, os legitimados para a ação civil pública na Justiça do Trabalho, em especial o MPT e os sindicatos, poderão promover a tutela dos direitos ou individuais homogêneos por meio de ações coletivas (ou ações civis públicas) para tornar efetivos os direitos fundamentais dos trabalhadores sem que estes corram o risco de pagarem as despesas do processo, mormente aqueles que se encontram em situação de miserabilidade econômica, superando, assim, as barreiras de acesso à Justiça do Trabalho criadas pela Lei da Reforma Trabalhista.

Respondendo ao problema apresentado na introdução, é factível afirmar que a ação civil pública pode ser utilizada como remédio constitucional destinado à declaração incidental de inconstitucionalidade/inconvencionalidade dos dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que criaram obstáculos ao acesso à Justiça do Trabalho, bem como para efetivar direitos fundamentais metaindividuais dos trabalhadores, especialmente os de natureza individual homogênea.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Introduction policies, trends and ideas in civil procedure*. In: *Civil procedure, international encyclopedia of comparative law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito processual coletivo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TRABALHO DECENTE COMO CATEGORIA CONCEITUAL: UM APORTE TEÓRICO NECESSÁRIO

Isadora K. Lazaretti

INTRODUÇÃO

A ideia de trabalho decente foi concebida pela Organização Internacional do trabalho como um objetivo global a ser alcançado, e resume a missão histórica dessa da organização de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

Desde que o debate sobre o trabalho decente se iniciou no âmbito internacional, e, ainda quando a discussão se deu também no plano nacional, no âmbito do governo federal brasileiro, estadual e municipal, a expressão “trabalho decente” passou então a ser recorrentemente utilizada, tanto nos instrumentos da OIT como nas agendas brasileiras, sem, contudo, haver explicações de uma definição clara sobre o que compõe a decência no trabalho.

Surge, assim, a necessidade do debate para compreender melhor essa expressão, os elementos que compõe o trabalho decente e suas formulações práticas e teóricas. A relevância da abordagem ora proposta se sustenta ainda porque alcance do trabalho decente também é elencado no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8 da Agenda

2030 da Organização das Nações Unidas, além de que o trabalho decente, enquanto um conceito multidimensional, se vislumbra pelo acréscimo de novas dimensões de cunho normativo, de segurança, participação e representação, por meio da articulação de políticas públicas em matéria de trabalho em seus diferentes níveis. Pode-se ver, assim, que se trata de uma formulação inteiramente ajustada aos desafios do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente estudo consiste em analisar a construção da ideia de trabalho decente, a fim de entender possíveis desafios conceituais na contemporaneidade. Especificamente, busca-se estudar o trabalho decente na perspectiva da OIT; analisar a construção do trabalho decente no Brasil; e por fim, compreender os desafios contemporâneos do trabalho decente enquanto categoria conceitual.

Como metodologia utilizada para a elaboração do presente estudo, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, onde foram utilizadas, como bibliografia de base, obras nacionais e também de literatura estrangeira em relação à temática do trabalho decente. A pesquisa pautou-se na busca e na análise de documentos oficiais (relatórios técnicos) da Organização Internacional do Trabalho, extraídos diretamente do sítio oficial da organização, além de documentos oficiais editados pelo Brasil, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, além de outras contribuições de outros estudos envolvendo o tema.

Por fim, o estudo foi estruturado em três tópicos, que correspondem estrategicamente à abordagem de cada um

dos objetivos específicos propostos. O primeiro, destina-se a estudar o surgimento do trabalho decente a partir da perspectiva da OIT; o segundo, volta-se para a evolução do trabalho decente no âmbito brasileiro; e o terceiro, por mim, trata dos desafios do conceito de trabalho decente nos dias atuais.

O TRABALHO DECENTE NA PERSPECTIVA DA OIT

Os debates envolvendo o trabalho decente iniciaram junto à Organização Internacional do Trabalho no ano de 1999, quando a expressão *trabalho decente* foi formulada na 87^a Conferência Internacional do Trabalho pelo Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia. Na ocasião, foi publicado o Relatório sobre Trabalho Decente, tendo sido definido como trabalho produtivo para mulheres e homens em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana (ILO, 1999).

Anteriormente a 1999, aparentemente, não há registros da utilização da expressão de forma oficial pela OIT. Há alguns indícios, verificados em outros documentos, que caminham no mesmo rumo das diretrizes criadas pela OIT em relação ao trabalho decente. A exemplo, tem-se a discussão da 86^a Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1998, isto é, um ano antes do lançamento do Programa de Trabalho Decente. Nessa reunião houve o lançamento da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, que, em tese, foi direcionada para todos os trabalhadores em todos os 187 Estados-Membros da OIT, independentemente do nível de desenvolvimento econômico e se os Estados-Membros ratificaram ou não as convenções fundamentais. Essa declaração também cobriu grupos com necessidades

especiais, incluindo desempregados e trabalhadores migrantes (ILO, 1998).

O referido documento trouxe importantes contribuições ao debate envolvendo melhores condições de trabalho, uma vez que elencou direitos e princípios fundamentais universais, que são: a) liberdade de associação e direito à negociação coletiva; b) eliminação do trabalho forçado ou obrigatório; c) abolição do trabalho infantil; d) eliminação da discriminação no emprego e na ocupação.

A concepção de trabalho decente, por sua vez, contém no seu bojo a observância desses mesmos direitos e princípios universais declarados, ainda que na Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho não tenha sido formalizada ou utilizada em nenhum momento anterior a expressão *trabalho decente*.

É importante destacar que a ideia de trabalho decente expressa ainda um resumo da missão histórica e dos objetivos estratégicos da OIT, voltados à promoção das normas internacionais do trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade para homens e mulheres, a extensão da proteção social e a promoção do tripartismo e do diálogo social (ABRAMO, 2015).

Tratado como um desafio global, o trabalho decente passou a ser visto como “a necessidade mais difundida, compartilhada por indivíduos, famílias e comunidades em todos os tipos de sociedade e nível de desenvolvimento” (ILO, 1999) que confronta líderes políticos e empresariais de todo o mundo. Sua formulação se deu diante os desafios da globalização econômica, especialmente porque seus efeitos

já eram verificáveis desde a década e 1980, quando o ritmo da globalização se acelerou diante das várias mudanças geopolíticas do período, a exemplo da abertura dos mercados globais e da implementação em larga escala de novas tecnologias de informação e comunicação.

O surgimento do discurso do trabalho decente e da formalização de uma Agenda Global de Trabalho Decente veio à tona como parte de um processo de revalorização e afirmação do trabalho, que envolve os sujeitos coletivos e os direitos a ele associados (ABRAMO, 2015). Teve como finalidade assinalar as prioridades da OIT com enfoque para o século XXI, com base na premissa que o trabalho é uma fonte de dignidade pessoal, estabilidade familiar, paz na comunidade, democracia para as pessoas e crescimento econômico, sendo um elemento chave para a redução da pobreza.

O trabalho decente, reflete, assim, “as prioridades da agenda social, econômica e política do sistema internacional, a saber: globalização justa, atenuação da pobreza, segurança, inclusão social, dignidade e diversidade (ROMITA, 2014, p. 270).

A OIT definiu o trabalho decente como o respeito aos direitos do trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais na Declaração de Direitos e Princípios Fundamentais no trabalho e seu seguimento adotado em 1998, que abrangem a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado; a abolição efetiva de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação; a promoção do emprego produtivo e de qualidade e a

extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social (OIT, 2020).

Trata-se de uma estratégia de ação proposta a fim de que os países adotem medidas voltadas à promoção dessa diretriz. Para Abramo, o trabalho decente idealizado pela OIT é aquele “que permite satisfazer as necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde e segurança”. É, ainda, “o trabalho que garante proteção social nos impedimentos ao exercício do trabalho (desemprego, doença, acidentes, entre outros), assegura renda ao chegar à época da aposentadoria e no qual os direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras são respeitados (2015, p. 27).

Nesse viés, o principal objetivo dessa ideia para a OIT é a promoção de oportunidades para que homens e mulheres obtenham trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. O objetivo não se volta apenas à criação de empregos, mas que as medidas voltadas a criação de empregos sejam direcionadas para empregos de qualidade aceitável. A quantidade de empregos não pode ser dissociada de sua qualidade. Todas as sociedades têm uma noção de trabalho decente, mas a qualidade do emprego pode significar muitas coisas. Pode relacionar-se a diferentes formas de trabalho e também a diferentes condições de trabalho, bem como a sentimentos de valor e satisfação. A necessidade é difundir sistemas sociais e econômicos que garantam segurança básica e empregos, enquanto permanecem capazes de se adaptar às circunstâncias em acelerada transformação em um mercado global altamente competitivo (ILO, 1999).

Sendo a missão da OIT a tarefa de “melhorar a situação do ser humano no mundo do trabalho” essa melhoria estaria diretamente relacionada à criação de oportunidades sustentáveis de trabalho decente. Essa preocupação da OIT abrange todos os trabalhadores – isto é, desde aqueles assalariados como aqueles que se encontram fora do mercado de trabalho formal, seja ele organizado ou não, como os trabalhadores autônomos, domésticos, voluntários e, ainda, com os desempregados (ILO, 1999).

Além da criação de empregos de qualidade, o trabalho decente busca proteger os trabalhadores de todos os tipos de vulnerabilidades e contingências que possam existir em um ambiente laboral. Visa promover a participação e a liberdade de associação em uma sociedade democrática, enquanto um importante meio de garantir a resolução de conflitos, a igualdade social e a implementação eficaz de políticas (ILO, 1999).

É, portanto, uma meta global a ser perseguida por meio de cada um dos quatro objetivos estratégicos da OIT, bem como pela busca equilibrada e integrada desses objetivos em sua totalidade, com a participação da OIT, dos governos, empregadores e trabalhadores (ILO, 1999).

Ainda no campo da atuação da OIT e dos instrumentos criados sobre trabalho decente, merece atenção a Agenda Hemisférica de Trabalho Decente das Américas, fruto da XVI Reunião Regional Americana realizada em Brasília em maio de 2006, que trouxe uma ampla análise das perspectivas de implementação do trabalho decente na região americana, com propostas de criação de políticas públicas voltadas

a esse objetivo. Apesar do esforço da OIT com a criação da referida Agenda, as políticas e metas propostas foram apenas sugestivas, cabendo a cada país a decisão de aderir ou não as sugestões, bem como decidir pela adaptação das políticas de acordo com as necessidades e particularidades nacionais (OIT, 2006).

A OIT ainda detém uma série de convenções internacionais voltadas à proteção dos direitos trabalhistas, das quais Thomé (2014) considera essencial para a compreensão do conceito de trabalho decente. No mesmo sentido, Gugel afirma que “o respeito aos preceitos das Convenções da OIT, em especial, as inseridas na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, compõem o arcabouço jurídico do que se entende por trabalho decente” (2010, p. 120).

É evidente que os objetivos do trabalho decente se coadunam com muitos aspectos de proteção já elencados em convenções internacionais da OIT e, em especial, na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, principalmente porque a ideia de trabalho decente proposta pela OIT contempla quatro objetivos estratégicos de cunho geral, que se transformam em ações básicas: a) garantir os princípios e os direitos humanos do trabalho; b) criar melhores empregos e oportunidades de melhores salários para mulheres e homens; c) estender a proteção social; e d) promover o diálogo social (ALVARENGA, 2016).

Por fim, tem-se que o trabalho decente foi fundado pelo pilar do respeito a oito principais convenções da OIT (n. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 e 182) na busca de estabelecer um padrão mínimo de condutas esperadas entre os Estados

(ABRAMO, 2015). No mesmo norte, como afirma Rodgers (2002), estudos apontam que um a cada cinco países analisados pelo Instituto Internacional de Estudos Laborais tem algum problema relacionado a uma dessas convenções, de modo que o objetivo do trabalho decente contempla, conseqüentemente, muitos aspectos constantes nas convenções da OIT como meio de impulsionar sua observância.

Assim, feita uma análise do panorama da ideia de trabalho decente na perspectiva da OIT, a atenção do próximo tópico volta-se à trajetória do trabalho decente no Brasil, cujo diálogo é feito de forma complementar neste estudo.

O TRABALHO DECENTE NO BRASIL

No Brasil, o trabalho decente passou a integrar a pauta de debates no ano de 2003, após uma visita do presidente Luiz Inácio Lula da Silva na sede da OIT em Genebra. Houve a assinatura pelo presidente e pelo Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia, do Memorando de Entendimento que previa o estabelecimento de um Programa de Cooperação Técnica com a finalidade de estabelecer no Brasil uma Agenda Nacional de Trabalho Decente (ABRAMO, 2015).

A assinatura desse memorando constituiu um dos primeiros e principais marcos na evolução do trabalho decente no âmbito nacional brasileiro, especialmente porque iniciou-se uma ampla discussão e divulgação da ideia de trabalho decente entre os constituintes da OIT no Brasil. Várias foram as reuniões realizadas no intuito de verificar os déficits de trabalho decente no país, especialmente no que diz respeito a temas como emprego e proteção social. Igualmente, “se

fortaleceram os programas de cooperação técnica que já vinham sendo desenvolvidos pela OIT no Brasil nas áreas de prevenção a erradicação do trabalho infantil, combate ao trabalho escravo e promoção da igualdade de gênero e raça” (ABRAMO, 2015, p.61).

Como preparativos para a formulação de uma agenda nacional voltada ao trabalho decente, o governo brasileiro também realizou alguns estudos municipais sobre emprego e trabalho que vinham sendo implementadas no Estado de São Paulo. Essa análise tinha como objetivo formular uma matriz que pudesse contribuir para o estabelecimento de indicadores e experiências para a criação da agenda nacional de trabalho decente (ABRAMO, 2015).

Ainda no ano de 2005, como destaca Lais Abramo (2015), foi que a Agenda Nacional do Trabalho Decente passou a ser melhor pensada, a partir de esforços mais organizados e estruturados e diante da participação direta da OIT e do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Com isso, a Agenda Nacional do Trabalho Decente foi formulada e submetida à consulta da Comissão Tripartite de Relações Internacionais do MTE (criada em 2004).

Assim, no ano de 2006, foi lançada a Agenda Nacional de Trabalho Decente, pelo MTE, durante a XVI Reunião Regional Americana da OIT em Brasília. Importa salientar que os debates para sua formulação ocorreram em onze conferências e reuniões internacionais realizadas no período de setembro de 2003 a novembro de 2005. Destaca-se, pois, a Conferência Regional de Emprego do Mercosul (abril de 2004), a XIII e XIV Conferências Interamericanas de Ministros do Trabalho

da Organização dos Estados Americanos (setembro de 2003), a Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 2005) e a IV Cúpula das Américas (novembro de 2005) (MTE, 2006). Além desses, outros fóruns internacionais dedicaram atenção especial ao trabalho decente, por meio de prioridades em ações de combate ao trabalho infantil e ao trabalho escravo, criação de políticas de respeito à igualdade no trabalho, principalmente no âmbito do Mercosul.

A criação de uma agenda nacional de trabalho decente também foi motivada pelo teor da resolução final da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em setembro de 2005, em que o trabalho decente foi considerado pelos chefes de Estado como um objetivo nacional e internacional. Ainda, o trabalho decente também foi tratado como prioridade na Declaração de Mar del Plata.

A Agenda Nacional de Trabalho Decente elegeu prioridades, e sua formulação teve por base os eixos programáticos do Plano Plurianual de 2004/2007, os resultados apresentados no Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, além dos objetivos da Agenda Nacional de Desenvolvimento, além de outros documentos oficiais da OIT e outras organizações oficiais (BRASIL, 2006).

Assim, a Agenda Nacional de Trabalho Decente foi estruturada sob três pilares, designados no documento como prioridades: a) gerar mais e melhores empregos, com igualdade e oportunidades de tratamento; b) erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas; c) fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática.

Quanto à implementação da agenda, conforme Abramo (2015, p. 63), essa deveria se dar por meio do diálogo com as organizações de empregadores e trabalhadores, e, a partir daí, pela elaboração de um Plano Nacional de Trabalho Decente, que estabelecesse metas, prazos, produtos e indicadores de avaliação, estabelecidos de acordo com o Plano Plurianual e com avaliação e monitoramento periódico a partir de consultas às organizações de empregadores e trabalhadores. Além disso, foi estabelecido na própria Agenda que a cooperação técnica constitui um dos principais mecanismos de implementação, enquanto um marco de cooperação entre as partes, assim como a promoção da Cooperação Sul-Sul, decorrente do Acordo de Cooperação firmado em 1987 entre a OIT e o Brasil, para cooperação técnica com outros países da América Latina e da África, buscando disseminar para outros países boas práticas e iniciativas desenvolvidas no Brasil relacionadas ao trabalho decente (BRASIL, 2006).

Apesar da necessidade da criação do Plano Nacional de Trabalho Decente logo após o lançamento da Agenda Nacional de Trabalho Decente, o ritmo de discussões do tema no âmbito federal diminuiu diante de modificações estruturais nas autoridades e corpo técnico do Ministério do Trabalho e Emprego, somente tendo ganhado impulso no ano de 2008, com funcionamento efetivo do Grupo Técnico Tripartite e pelo início de discussões voltadas aos indicadores para monitorar os avanços nas diversas dimensões do trabalho e na articulação das agendas subnacionais de trabalho decente (ABRAMO, 2015).

O processo de discussões do Plano Nacional de Trabalho Decente foi ainda mais movimentado com o surgimento da crise financeira internacional em setembro de 2008. Porém, apenas em junho de 2009, durante a 98ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, foi que o governo brasileiro assinou com o Diretor Geral da OIT a Declaração Conjunta reafirmando o compromisso e a importância da Agenda de Trabalho Decente enquanto uma resposta à crise, especialmente porque o tema central da conferência foi o debate de respostas à crise financeira internacional que se instaurava naquele período.

Com isso, a discussão sobre a criação do Plano Nacional de Trabalho Decente teve seguimento, quando foi lançado em maio de 2010 pelo Ministério do Trabalho e Emprego durante a I Conferência do Trabalho Decente. Segundo a OIT (2010), esse documento representa “uma referência fundamental para a continuidade de debate sobre os desafios de fazer avançar as políticas públicas de emprego e proteção social”.

Assim, a criação do referido plano teve como principal objetivo “promover o respaldo necessário aos governantes para garantir o cumprimento dos compromissos de combate à pobreza e de melhoria da qualidade de vida da população”. Busca, assim, avançar nas discussões sobre as relações de trabalho, emprego e proteção social, com a finalidade de aperfeiçoar os mecanismos de acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas relacionadas ao tema (BRASIL, 2010, p. 11).

Nesse documento, foram reafirmadas as prioridades da Agenda Nacional do Trabalho Decente, com o estabelecimen-

to de metas específicas estipuladas entre os anos de 2011 e 2015. Também trouxe como mecanismos de implementação a estratégia da cooperação técnica e a cooperação internacional (BRASIL, 2010).

Em 2011, houve a apresentação da Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude, voltada à promoção do trabalho decente para jovens no Brasil. Esse documento foi elaborado pelo Subcomitê de Trabalho Decente e Juventude, coordenado, na época, pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pela Secretaria Nacional de Juventude, vinculada à Secretaria Geral da Presidência da República, como apoio técnico da OIT, composto por integrantes do Conselho Nacional da Juventude, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério da Ciência e Tecnologia, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e representantes de outros órgãos oficiais do Poder Executivo.

A criação da Agenda Nacional do Trabalho Decente para a Juventude teve como objetivo “contribuir efetivamente para a promoção do trabalho decente para a juventude brasileira e para o fortalecimento dessa dimensão nas políticas públicas tanto na área de trabalho como na área de juventude” (BRASIL, 2011, p. 7), além de colaborar nos processos de discussão relacionados à juventude, emprego e trabalho decente.

A preocupação com a juventude decorreu especialmente das transformações vivenciadas na esfera do trabalho a partir da década de 70, com a dificuldade de inserção no mercado de trabalho enfrentada por muitos jovens. Isso porque, muitos jovens buscam a construção de trajetórias de trabalho em um cenário marcado pelo baixo ritmo do crescimento

econômico e pela intensa presença do desemprego e do trabalho precário (BRASIL, 2011).

Assim, como no Brasil o trabalho é composto por um grande protagonismo de jovens, a Agenda foi criada observando essas necessidades. Quanto à faixa etária, destaca-se que “o foco da Agenda do Trabalho Decente para a Juventude no Brasil são os jovens entre 15 e 29 anos, respeitando o grupo etário considerado jovem no país”, limitando-se às situações de aprendizagem devidamente regulamentadas por lei (BRASIL, 2010, p. 9).

Conforme Abramo (2015), a elaboração da Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude levou em consideração as orientações do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, partindo da premissa que a idade mínima permitida para trabalhar é dezesseis anos e que toda forma de inserção ao mercado de trabalho antes dessa idade deve ser erradicada.

A formulação desse documento teve por base a realização de vários estudos sobre o mercado de trabalho brasileiro, em que alguns resultados obtidos foram essenciais para determinar o estabelecimento da Agenda e das prioridades nela definidas. A exemplo, houve o diagnóstico de que “a juventude brasileira é uma juventude trabalhadora”; “a juventude brasileira em se esforçado para combinar trabalho e estudo”; “a elevação da escolaridade e a melhoria de sua qualidade é um aspecto central para a construção de uma trajetória de trabalho decente”; “o desemprego e a informalidade não atingem apenas os/as jovens de baixa escolaridade e provenientes de famílias de baixa renda”; “os/as jovens

estão mais sujeitos/as ao desemprego e às condições precárias de trabalho que os adultos”; “a situação juvenil está fortemente marcada pelas desigualdades de gênero e raça e é necessário promover a conciliação entre o trabalho, o estudo e a vida familiar”; “é importante considerar, entre as diferentes situações juvenis, aqueles vividas pela juventude rural e das comunidades tradicionais”; e, ainda, que “apesar dos avanços ocorridos no país em relação à estruturação de políticas para a juventude, ainda não se podia falar da existência de uma política estrutural de emprego pra os e as jovens” (ABRAMO, 2015, p. 88-90).

A partir de tais resultados, foram estabelecidas quatro prioridades na Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude: a) mais e melhor educação; b) conciliação entre estudos, trabalho e vida familiar; c) inserção digna e ativa no mundo do trabalho, com igualdade de oportunidades e tratamento; d) diálogo social, juventude, trabalho e educação (BRASIL, 2011).

Outras ações foram verificadas a nível estadual, com a experiência de agendas subnacionais de trabalho decente. O governo do Estado da Bahia, no ano de 2007, assumiu o compromisso com a criação de uma agenda de trabalho decente, destinada a construção de uma nova trajetória, voltada para o desenvolvimento e para a inclusão social (BAHIA, 2008).

Assim, o Governo da Bahia, compreendendo que a promoção do trabalho decente é um objetivo a ser alcançado para tal finalidade, aderiu ativamente essa convocatória global proposta pela OIT, a partir do estabelecimento de um processo de diálogo social voltado à construção da Agenda de

Trabalho Decente. Esse processo contou com várias fases: a mensagem do governador do Estado da Bahia à Assembleia Legislativa em janeiro de 2007, a inclusão do tema do trabalho decente na construção participativa do Plano Plurianual estadual; a realização da I Conferência Estadual de Trabalho Decente no Estado da Bahia; a criação de um Grupo de Trabalho Executivo, formado por dez entidades, reunido com o objetivo de coordenar o processo; a promoção de oficinas, seminários e reuniões técnicas sobre o trabalho decente; a realização de debates sobre o tema com a participação de representantes dos trabalhadores; e, ainda, a articulação de parcerias entre órgãos governamentais, trabalhadores, empregadores e outros membros da sociedade civil (BAHIA, 2008).

A Agenda Bahia de Trabalho Decente foi lançada então em dezembro de 2007, após intenso processo de diálogo social, e estabeleceu que

a promoção do trabalho decente envolve ações de geração de trabalho e renda, segurança e saúde no trabalho, combate à discriminação, qualificação profissional, melhores condições de trabalho; enfim, a busca por oportunidades de trabalho mais equânimes, com liberdade e abertura à participação e ao diálogo social. Destaca-se igualmente o objetivo de erradicação de formas degradantes de trabalho, como o trabalho infantil, o trabalho escravo ou forçado e outras práticas espúrias (BAHIA, 2008).

Nesse viés, foram formulados determinados eixos prioritários, linhas de ação e resultados esperados de temas que envolvem o trabalho doméstico, a segurança e a saúde do trabalhador, juventude, erradicação do trabalho infantil,

serviços públicos, promoção da igualdade, erradicação do trabalho escravo e empregos verdes (BAHIA, 2008).

A Agenda Bahia de Trabalho Decente foi resultado de uma clara vontade política, do mais alto nível, diante do compromisso político explícito do governador e do Secretário de Estado com a apresentação da proposta de forma pioneira no Brasil, perante os demais estados. A criação também teve papel essencial de uma instância de coordenação, representada, num primeiro momento, por um Grupo de Trabalho Executivo formado por secretarias estaduais específicas que atuaram em conjunto até que houve a criação do Comitê Gestor da Agenda Bahia do Trabalho Decente, de composição tripartite, com a participação do governo estadual, organizações sindicais de trabalhadores e empregadores (ABRAMO, 2015).

Além da Bahia, o Estado do Mato Grosso também se dedicou à construção de uma agenda de trabalho decente, sendo o segundo estado brasileiro a tomar essa iniciativa. A motivação para sua criação decorreu do conflito vivenciado pelo estado entre o crescimento econômico e o efetivo desenvolvimento social. Isso porque, o acesso aos frutos do crescimento da economia tornou-se extremamente desigual, existem situações de trabalho escravo e ainda persiste o trabalho infantil, além de que as taxas que registram a ocorrência de acidentes de trabalho estavam entre as mais elevadas do país. Com isso, surgiu a necessidade de fortalecer políticas de emprego e formação profissional, por meio de uma agenda de trabalho decente (MATO GROSSO, 2011).

Segundo Abramo (2015), a Agenda Mato Grosso pelo Trabalho Decente se inspirou na experiência do Estado da Bahia, e se tornou uma inovadora forma de enfrentar o contexto que marcou e ainda marca o processo de desenvolvimento econômico mato-grossense baseada no diálogo social. Essa proposta foi ao encontro de reivindicações anteriores de sindicatos, organizações da sociedade civil e órgãos do poder público que há muito tempo lutavam contra formas inaceitáveis de trabalho, a exemplo do trabalho escravo e infantil. O Mato Grosso, apesar de ser um dos mais importantes centros de produção agrícola do país, é ao mesmo tempo um dos estados em que se verifica alta incidência de violação de direitos humanos e do trabalho.

Dentre as prioridades e linhas de ação da Agenda Mato Grosso pelo Trabalho Decente elenca-se a erradicação do trabalho escravo, a erradicação do trabalho infantil e a prevenção de acidentes de trabalho (MATO GROSSO, 2011).

Por fim, no âmbito municipal, houve a construção da Agenda Curitiba de Trabalho Decente, que contou com o apoio da assistência técnica da OIT e do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. Lançada em 2012, a Agenda de Curitiba elencou sete eixos de proteção e atuação: equidade de gênero e raça; saúde e segurança no trabalho; trabalho infantil; emprego e empreendedorismo para o desenvolvimento local sustentável; equidade social; formalidade e qualificação (ABRAMO, 2015).

Verifica-se, assim, que o Brasil detém instrumentos voltados à promoção do trabalho decente, - seja no âmbito normativo ou no âmbito administrativo federal. No âmbito

estadual, apenas dois são os estados brasileiros que se preocuparam, até então, com essa pauta, não havendo registros conhecidos no âmbito de políticas de outros municípios além de Curitiba.

Analisado o trabalho decente no Brasil, passa-se à terceira parte deste estudo, voltada à análise dos desafios contemporâneos ao trabalho decente do ponto de vista de sua categoria conceitual.

TRABALHO DECENTE COMO CATEGORIA CONCEITUAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Embora a OIT tenha formulado uma conceitualização do trabalho decente, como destaca Abramo, como “o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos: a promoção dos direitos do trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social” (2015, p. 27), é possível afirmar que esse conceito não traz uma definição precisa do real significado dessa expressão.

A formulação da expressão “trabalho decente” na 87ª Reunião da Conferencia Internacional do Trabalho em 1999, utilizada pelo Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia, deu origem ao Relatório Técnico sobre Trabalho Decente. Entretanto, assim como destaca Maeda (2017) o relatório não define o que é trabalho decente, mas elenca os objetivos estratégicos da OIT, que foram então considerados como partes integrantes deste complexo conceito.

Tapiola, por sua vez, argumenta que a OIT se pautou, ao formular a ideia de trabalho decente, no princípio básico da

organização de que “o trabalho não é uma mercadoria” e que a concepção de trabalho decente estaria relacionada a “questões éticas, filosóficas e espirituais do mundo” (2004, p. 9).

A ideia de trabalho decente engloba então o fato de que o trabalho não é uma mercadoria, ainda que o custo da produção inclua o custo da força de trabalho. Como se trata de um ser humano, não é possível que tenha o mesmo significado que outros componentes materiais, e é nesse ponto que questões morais, éticas e de valores aparecem, uma vez que não se pode atribuir ao mercado a competência para definir a condição humana da pessoa em relação à sociedade (SOMAVIA, 2004).

Somavia (2004), no intuito de formular um conceito de trabalho decente, entende que o trabalho é responsável por construir o senso de identidade da pessoa e que a maioria das tradições espirituais e religiosas reconhecem o trabalho como fonte de dignidade pessoal. Maeda (2017) considera que afirmações como essas em nada contribuem para a construção do trabalho decente, pois apenas reconhecem ideias que já são universais.

Destaca-se ainda a posição de Servais (2004), no sentido de que o conceito de decência provoca a capacidade de homens e mulheres praticarem a solidariedade em vez de irem em busca de dominação mútua. Isto reflete no diálogo, na busca de atuação integrada de parceiros sociais, voltada à concepção, elaboração e implementação de leis trabalhistas. Ele propõe assim, o agrupamento de três categorias de padrões internacionais para o trabalho: direitos fundamentais

no trabalho, leis sobre questões mais técnicas do trabalho e organizações.

Contudo, suas afirmativas ainda são insuficientes para definir o trabalho decente. Brito Filho ressalta que a embora a OIT se fixe em quatro pontos básicos para definir o trabalho decente (liberdade de trabalho, igualdade no trabalho; proibição do trabalho infantil e liberdade sindical), o conceito abrange um elenco de direitos muito maior do que o proposto, isto é, parte do pressuposto de que o rol apresentado pela OIT é insuficiente para definir, de fato, o complexo que envolve a decência no trabalho (2016, p. 57).

Não basta que a categoria conceitual do trabalho decente abranja princípios adotados e direitos reconhecidos considerados universais. É necessário e também importante melhorar sua compreensão em diferentes contextos, É o que propõe Tapiola, quando afirma que a noção de trabalho decente não deve ser estranha a líderes religiosos e espirituais locais, professores e membros da comunidade (2004). A promoção do trabalho decente deve ser pauta vital dos Estados e da comunidade no geral, e, no exemplo das religiões, há vários pontos de vista em relações à questões centrais da dignidade humana e dos direitos humanos relacionados ao trabalho que podem ser aperfeiçoados a fim de uma melhor compreensão da noção de trabalho decente e, conseqüentemente, para a implementação da Agenda do Trabalho Decente no mundo real.

Apesar críticas sobre a indefinição do trabalho decente, a OIT traçou metas, estratégias e indicadores para monitoramento do alcance desse objetivo nos países que aderiram

ações voltadas à sua promoção. A exemplo, destaca-se neste campo o estudo realizado por Lais Abramo, Diretora Nacional da OIT no Brasil, que avalia a promoção do trabalho decente nos últimos dez anos no Brasil.

Ela apontou que a década de 2005 a 2015 fez o país avançar significativamente na direção do respeito aos direitos humanos e aos direitos no trabalho, da justiça e inclusão social e da democracia, destacando-se internacionalmente pelos avanços no combate à pobreza, pela diminuição do desemprego, pelo aumento da formalização de trabalho e da renda de trabalhadores (diante da política de valorização do salário mínimo), pela prevenção e erradicação do trabalho infantil e do trabalho forçado, pela ampliação do acesso à educação; pelas políticas de promoção da igualdade e combate à discriminação em suas diversas dimensões; pelos avanços na negociação coletiva e pela criação de importantes mecanismos de consulta pública, transparência, diálogo e participação social (ABRAMO, 2015).

Apesar do conceito ter sido formulado pela OIT de tal forma, isso não impede que políticas de promoção sejam implementadas nos países com base nos princípios e direitos universais elencados pela OIT ao tratar do tema. Nesse sentido, Ghai defende que “o paradigma do trabalho decente é aplicável, em princípio, a todos os trabalhadores do mundo” e que “todos os trabalhadores desejam liberdade de associação e se opõem à discriminação, ao trabalho forçado e ao trabalho infantil em situações perigosas ou prejudiciais”. Da mesma forma que “também desejam participar do diálogo social” e “desejam ainda trabalho em condições de dignida-

de e segurança e com adequada remuneração” (2006, p. 4). Deste ponto de vista, há inúmeras medidas que podem ser tomadas pelos países a fim de promover melhorias a fim de assegurar os elementos do trabalho decente a todos os trabalhadores.

Os desafios ao trabalho decente nos dias de hoje remontam à necessidade de melhores esclarecimentos sobre o elemento da decência que integra essa expressão. Assim como defende Brito Filho, o trabalho decente abrange um elenco de direitos bem maior que os quatro pontos estratégicos adotados pela OIT. Não é possível imaginar que um trabalho seja decente se não tem condições adequadas de preservação da vida e saúde dos trabalhadores; não se pode falar em trabalho decente se ele não garantir justas condições de trabalho, em termos de renda e períodos de repouso; também não se pode pensar em decência no trabalho se o Estado não toma medidas mínimas para a criação e manutenção dos postos de trabalho; por fim, não se pode considerar um trabalho como decente se ele não protege os trabalhadores e as trabalhadoras socialmente (BRITO FILHO, 2016).

É necessário então iluminar esse complexo e incitante conceito que cada vez mais se faz presente nos debates que envolvem melhores condições de trabalho e, mais do que nunca, na discussão que envolve o desenvolvimento sustentável após a formulação do trabalho decente enquanto um Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

CONCLUSÃO

Este trabalho propôs uma análise introdutória para fomentar o necessário debate sobre a categoria conceitual do trabalho decente, partindo de sua definição, pela Organização Internacional do Trabalho e seu surgimento na esfera internacional, assim como a utilização dessa expressão no Brasil, com base em sua evolução ao longo dos últimos anos de medidas voltadas à promoção desse objetivo, com o fim de analisar os desafios que esse conceito enfrenta nos dias atuais. O trabalho decente foi concebido primeiramente pela OIT enquanto um “objetivo global” a ser alcançado, cuja ideia foi formulada pela organização a partir do resumo de sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

O trabalho é apenas exploratório, com olhar prospectivo sobre os enormes desafios a serem enfrentados à uma melhor compreensão da noção de trabalho decente. Isso porque, apesar das discussões sobre esse tema terem se iniciado ainda em 1999, isto é, há duas décadas vem sendo recorrentemente utilizado nos instrumentos da OIT e em planos de países específicos, como, por exemplo, o Brasil, a ideia de trabalho decente carece de uma definição clara sobre o que compõe, de fato, a decência no trabalho.

Para a análise, um ponto inicial de reflexão foi o estudo do trabalho decente na perspectiva da OIT, que foi a organização responsável por utilizar, pela primeira vez e de forma oficial a expressão “trabalho decente” em uma de suas

conferências internacionais. Foi nessa oportunidade que o trabalho decente foi definido como o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT (a promoção dos direitos no trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social).

Um outro aspecto abordado foi, nessa esteira, o trabalho decente no âmbito brasileiro, onde foi possível analisar as principais ações e instrumentos criados voltados à implementação do trabalho decente e sua promoção a nível federal, estadual e municipal. A Agenda Nacional do Trabalho Decente, o Plano Nacional de Trabalho Decente, a Agenda Nacional do Trabalho Decente para a Juventude, no âmbito federal, assim como a Agenda Bahia de Trabalho Decente e a Agenda Mato Grosso pelo Trabalho Decente, no âmbito estadual, e a Agenda Curitiba de Trabalho Decente, no âmbito municipal, constituem exemplos da trajetória do trabalho decente no Brasil.

Na última parte, foi possível analisar algumas questões que expressam os desafios atuais do trabalho decente enquanto uma categoria conceitual. Verifica-se a necessidade de uma definição mais concreta do elemento da decência que integra essa expressão, não bastando que o conceito retrate os direitos e princípios universais do trabalho propostos pela OIT, isto é, seus objetivos estratégicos, porque a ideia de trabalho decente engloba um conjunto de direitos bem mais abrangente que o formulado. Mais do que isso, é preciso iluminar esse complexo e incitante conceito que

está aparecendo cada vez mais nas discussões envolvendo melhores condições de trabalho.

Assim, e em síntese, embora não seja possível apresentar respostas prontas e acabadas a essa problemática, é urgente e indispensável a análise atenta e aprofundada desses novos desafios para o futuro do trabalho, a fim de que políticas públicas sejam aperfeiçoadas rumo à promoção do trabalho decente.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Lais. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil**: uma estratégia de ação baseada no dialogo social. Organização Internacional do Trabalho: Genebra: OIT, 2015.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

BAHIA. (Estado). Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. **Agenda Bahia do trabalho decente**: trabalho decente, direito da gente: construindo uma agenda decente para a Bahia. Salvador, 2008. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_302678.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Agenda Nacional do Trabalho Decente**. 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Agenda Nacional do Trabalho Decente para a Juventude**. 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_302678.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Plano Nacional de Trabalho Decente**. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226249.pdf. Acesso em: jan. 2021.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2016.

GHAI, Dharam. Decent work: universality and diversity, in GHAI, Dharam (Ed.). **Decent work: objectives and strategies**. Geneva: International Institute for Labour Studies; International Labour Office Geneva, 2006, p. 1-30.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ILO. International Labour Organization. International Labour Office. **Decent Work: international labour conference 87th session 1999**. Geneva, 1999. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09605/09605\(1999-87\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09605/09605(1999-87).pdf). Acesso em: 08 jan. 2021.

ILO. International Labour Organization. International Labour Office. **ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up**. Geneva, 1998. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--->

ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf Acesso em: 08 jan. 2021.

MAEDA, Patricia. **A era dos zero direitos**: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho decente**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_226249/lang--pt/index.htm%22. Acesso em 10 jan. 2021.

_____. **Trabalho decente nas Américas**: uma agenda hemisférica, 2006-2015. 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasil/documents/publication/wcms_226226.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

RODGERS, Gerry. **El trabajo decente como una meta para la economía global**. Boletín Cinterfor, n. 153, 2002, p. 9-28. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/node/5745>. Acesso em: 13 jan. 2021.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2014.

SERVAIS, Jean-Michel. **Globalization and decent work policy**: reflections upon a new legal approach. *International Labour Review*, v. 143, n. 1-2, p. 185-207, 2004.

SOMAVIA, Juan. The ILO Decent Work Agenda as the aspiration of people: the insertion of values and ethics in the global economy. In: PECCLOUD, Dominique (Ed.). **Philosophical**

and spiritual perspectives on Decent Work. Geneva, International Labour Office, 2004.

TAPIOLA, Kari. Préface. In: PECCOUD, Dominique (Ed.). **Philosophical and spiritual perspectives on Decent Work.** Geneva, International Labour Office, 2004.

THOMÉ, Candy. A questão de gênero no centro do trabalho decente: a declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho da OIT e a igualdade de gênero no âmbito do trabalho. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. **A declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos.** São Paulo: LTr, 2014, p. 53-67.

MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DO SALÁRIO DA TRABALHADORA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: ANÁLISE À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PREVENÇÃO À *VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER*

Francisca Jeane Pereira da Silva Martins
Daury Cesar Fabríz

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é uma triste realidade e, no Brasil, segundo o Atlas da Violência 2019 (IPEA), houve um crescimento de morte de mulheres em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia, totalizando 4.936 mulheres mortas, maior número já registrado, desde 2007 (FBSP; IPEA, 2019).

Esse cenário exige a observância do disposto no artigo 226, §8º, da Constituição de 1988, no sentido de o Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, bem como o respeito às Convenções internacionais que estabelecem normas para a erradicação da violência contra a mulher.

E é isso que enxergamos no artigo 9º, §2º, II da Lei 11.340/2006, dispositivo que assegura a manutenção do vínculo empregatício da trabalhadora vítima de violência doméstica e familiar, por um período de, até, seis meses. Com a implementação dessa medida, a mulher trabalhadora que foi vítima de violência doméstica e familiar tem assegurado

o seu emprego, mesmo não se colocando à disposição do seu empregador.

Em que pese a importância de se assegurar uma proteção ao emprego dessa mulher no momento de extrema vulnerabilidade, não é possível identificar, a partir da leitura do artigo 9º, §2º, II da Lei 11.340/2006, quem tem o dever de pagar os salários da obreira vítima de violência doméstica e familiar durante o período de afastamento. Garantir, somente, a manutenção do vínculo de emprego, sem o recebimento da contraprestação é proteção incompleta, vez que essa trabalhadora não terá como prover a própria subsistência e nem a da sua família.

O presente estudo, parte integrante das atividades do Grupo de Pesquisa Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-graduação stricto sensu da FDV, justifica-se na medida em que busca dar efetividade a essa importante norma estatal, por meio da responsabilização do empregador, com fundamento na alteridade, característica típica desse sujeito da relação de emprego, prevista no artigo 2º da CLT.

É nesse contexto que encontramos motivação para pesquisar, à luz da abordagem dialética, respostas para a seguinte problemática: “considerar que é dever do empregador pagar o salário da empregada vítima de violência doméstica e familiar, durante o período de afastamento previsto no artigo 9º, §2º, II, da Lei Maria da Penha, usando por analogia o que já ocorre nas hipóteses de recebimento de salário maternidade, contribui para a efetividade do dever humano formulado

no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher?”

A hipótese inicial, verdadeiro ponto de partida desse estudo, foi no sentido de compreender que o dever humano de erradicar a violência contra a mulher, previsto no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, torna-se efetivo com a responsabilização do empregador pelo pagamento do salário durante o período em que a empregada, vítima de violência doméstica e familiar, estiver afastada do serviço, por força de decisão judicial fundamentada no artigo 9º, §2º, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

O caminho percorrido, em busca de uma confirmação ou refutação da hipótese inicial passou pelo atingimento de quatro grandes objetivos, transformados em tópicos do presente artigo. São eles:

Compreender como o estigma culturalmente construído da subordinação da mulher ao homem, fruto de uma sociedade patriarcal, contribui para a naturalização da violência doméstica contra a mulher. Analisar, ainda, os reflexos dessa violência na relação de emprego.

Analisar, à luz da teoria horizontal dos direitos fundamentais, se o dever humano formulado no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil (Decreto 1.973/96), pode ter como destinatário o empregador.

Identificar se a lacuna deixada pelo legislador, que não consignou se o disposto no artigo 9º, §2º, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) seria uma hipótese de suspensão

ou de interrupção contratual, pode ser colmatada pelo artigo 72, §1º da Lei 8213/1991.

Concluiu-se, com fundamento na alteridade, ser possível responsabilizar o empregador pelo pagamento do salário da empregada vítima de violência doméstica e familiar, durante o período em que a mesma se encontrar afastada do serviço, autorizada pelo artigo 9º, §2º, da Lei Maria da Penha. Essa responsabilização tornará efetivo o dever humano previsto no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Importante ressaltar que a observância desse dever patronal não trará prejuízo ao empregador, uma vez que proporcional, na medida em que as parcelas salariais que serão repassadas à empregada, poderão ser compensadas futuramente, junto ao órgão previdenciário, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de recebimento de salário maternidade.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E OS REFLEXOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A violência sofrida pela mulher no seio familiar não é um fenômeno contemporâneo. Máisa Guimarães e Regina Pedroza (2015, p. 257) afirmam que recente é a “visibilidade política e social desta problemática, dado que apenas nos últimos 50 anos é que tem se destacado a gravidade e seriedade das situações de violências sofridas pelas mulheres em suas relações de afeto”. A categoria violência contra a mulher foi definida pelo movimento feminista na década de 1960 que, segundo Emilly Tenorio (2018, p. 103), tinha o propósito de “denunciar a sociedade patriarcal, abrangendo

diversos tipos e locais em que a violência se manifestava, desde que a vítima fosse mulher”.

A violência contra a mulher tem profunda relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Para Tânia Pinafi (2007), “tais relações estão mediadas por uma ordem patriarcal proeminente na sociedade brasileira, a qual atribui aos homens o direito a dominar e controlar suas mulheres, podendo em certos casos, atingir os limites da violência”.

A construção simbólica do feminino e masculino, segundo Bourdieu, tem ligação direta com a transformação do corpus e da mente. Assim, a estrutura corporal, tem grande responsabilidade em produzir a imagem do homem másculo ou a imagem da mulher feminina e delicada (Bourdieu, 2005, p.33)

Assim, o comportamento de superioridade e dominação do homem perante a mulher torna-se natural, normal, um habitus, sendo reproduzido ao longo das décadas, entendido até mesmo como o correto. Pierre Bourdier (2005, p. 33) defende a naturalização desse comportamento ao dizer que a “força da sociodicéia masculina legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada”.

A insurgência e a resistência da mulher contra esse projeto de dominação acaba sendo um gatilho que leva o homem a se valer da violência física ou psicológica para mostrar sua superioridade hierárquica (Saffioti, 2001, p. 121). Como se vê, a construção da cultura da subordinação tem relação direta com a violência doméstica contra a mulher.

Importante destacar que a violência sofrida pela mulher não se restringe às agressões físicas. Saffioti (2004, p. 17) a compreende como uma “ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral”. Tal violência é um fenômeno multifacetado e, para Emilly Tenorio (2018, p.101), é “naturalizado e legitimado pelo patriarcado e, durante um longo período, respaldado ou ignorado pelo direito”. Cipriani (p. 118, 2016), ressalta que:

Quando falamos de violência contra a mulher, estamos tratando de mulheres diferentes: dotadas de perspectivas, oportunidades, concepções de mundo, possibilidades de subsistência individual e redes de relações sociais diversas, assim como possuidoras de assimétrica acumulação de capitais. Decorrente disso é a apreensão de que também estamos lidando com violências desiguais – o que demonstra que qualquer política social formulada nesse sentido deve, portanto, atentar a tal cenário.

Em que pese a existência de movimentos feministas organizados, atuando em defesa dos direitos das mulheres desde as décadas de 1970¹ e 1980², um marco na história legislativa do Brasil foi a promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). O artigo 7º, incisos I a V, da referida lei, inovando na ordem jurídica brasileira, considera as seguintes formas de violência contra a mulher:

¹ Cynthia Sarti (2004, p. 39) ao tratar sobre a organização feminista na década de 1970, aponta a “formação de grupos políticos de mulheres que passaram a existir abertamente, como o Brasil Mulher, o Nós Mulheres, o Movimento Feminino pela Anistia, para citar apenas os de São Paulo”.

² Cynthia Sarti (2004, p. 39) assevera que “nos anos 1980 o movimento de mulheres no Brasil era uma força política e social consolidada”.

A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Segundo Emily Tenorio (2018, p. 103), quando a expressão violência contra a mulher foi definida pelo movimento feminista na década de 1960, a “ênfase maior era voltada para a violência física”.

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.

A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

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.

A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Essa forma de violência contra a mulher pode ser caracterizada quando o agressor ridicularizar, coagir moralmente, intimidar a vítima. Renata Bravo (2019, p. 42) afirma que são formas não explícitas de violência, “aquelas quase imperceptíveis, praticamente simbólicas, que são extremamente danosas e perpetuadoras de um *status* de microviolências até que chegam às macroviolências, como a agressão e a morte”.

É muito comum encontrarmos na doutrina o uso da expressão violência doméstica como sinônimo de violência familiar, de violência de gênero. Importante ressaltar que, para os fins desse estudo, a expressão gênero será compreendida, à luz dos ensinamentos de Saffioti (1999, p. 82), como “a construção social do masculino e do feminino”³.

Violência doméstica seria a que envolve membros de uma mesma família, tendo como elemento caracterizador a consaguinidade e a afinidade. Para Saffioti (1999, p. 83) “compreendida na violência de gênero, a violência familiar pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele, embora seja mais frequente o primeiro caso”. Ainda segundo Saffioti (1999, p. 83), a violência doméstica apresenta pontos de sobreposição com a familiar, “podendo também atingir pessoas que, não pertencendo à família, vivem, parcial ou

³ Importante trazer a ressalva feita por Saffioti (1999, p. 82), ao optar por esse conteúdo sobre gênero: “Embora aqui se interprete gênero também como um conjunto de normas modeladoras dos seres humanos em homens e em mulheres, que estão expressas nas relações destas duas categorias sociais, ressalta-se a necessidade de ampliar este conceito para as relações homem-homem e mulher-mulher.

integralmente, no domicílio do agressor, como é o caso de agregados e empregadas(os) domésticas(os)”.

Considerando ser impossível deixar do lado de fora do local da prestação de serviço as experiências vivenciadas no seio familiar, as violências domésticas sofridas pela mulher trabalhadora repercutirão no dia a dia laboral, produzindo reflexos na relação de emprego. Com maior razão, se essa obreira presta seu serviço na modalidade de teletrabalho, ocasião em que o ambiente laboral e o familiar cruzam-se em uma promiscuidade impossível de se separar.

Ciente desse reflexo, o legislador previu no artigo 9º, §2º, II, da Lei 11.340/06, que “o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses”. Quis o legislador conceder dupla proteção: i) proteger o vínculo empregatício mantido entre a trabalhadora, vítima da violência, e o empregador, limitando o exercício do direito potestativo patronal de dispensar imotivadamente essa trabalhadora; ii) proteger a integridade física e/ou psicológica da trabalhadora e, em alguns casos mais críticos, a própria vida da obreira.

Dúvida que surge ao analisar o referido dispositivo legal é a seguinte: a ordem jurídica brasileira prevê expressamente um dever humano fundamental dirigido ao empregador, tornando-o responsável pelo pagamento do salário da trabalhadora que se encontra nessa situação, durante esse período de afastamento? O capítulo dois desse estudo tem como propósito encontrar resposta para esse questionamento.

O DEVER HUMANO DE PREVENIR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTO NA “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Antes de analisarmos o dever humano previsto na Convenção de Belém do Pará (artigo 7º, c), importante tecer considerações gerais acerca da categoria jurídico-constitucional dever. Em que pese o olhar dos constitucionalistas, como regra geral, ser voltado para o estudo dos direitos fundamentais, nesse tópico exploraremos os vários aspectos dos deveres, por entendermos ser um instrumento potente para a concretização dos direitos assegurados pela ordem jurídica brasileira.

A Constituição da República de 1988, além de apresentar um rol extenso de direitos fundamentais que, como diz Pedra (2018, p. 9) “são prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna”, elenca também os deveres, esses em número mais reduzido. Para Colnago e Pedra (2014, p. 398), “enquanto a palavra ‘deveres’ é usada apenas nove vezes no Texto Constitucional de 1988, a expressão ‘direitos’ surge em 98 ocasiões”. Tal fato encontra explicação no paradigma do constitucionalismo abraçado pelo legislador brasileiro, muito mais focado em afirmar direitos do que em impor deveres. Em relação a essa disparidade, Pedra (2015, p. 1133) aponta a “influência liberal, com o desprezo da solidariedade, bem como em razão do temor de que os deveres servissem a regimes autoritários, como forma de reação aos horrores praticados contra a humanidade”.

Fato inegável é que o Estado, sozinho, não consegue concretizar os direitos assegurados pela ordem jurídica

brasileira e o exercício dos deveres pode ser um importante instrumento de promoção dos direitos humanos. Fabríz (2007, p. 29), afirma que “o respeito aos Direitos Humanos, torna-se imprescindível na concretização de um sistema jurídico adequado às reais necessidades dos cidadãos”.

Um exemplo de dever fundamental está previsto no artigo 227 da Constituição de 1988. Tanto a família, quanto a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à profissionalização, dentre outros. Martins e Fabríz (2018), apontam a importância de se identificar nesse dispositivo constitucional um dever:

Aqui reside a importância de se identificar no artigo 227 da Constituição da República um dever fundamental do particular (nesse caso específico, do empregador) de profissionalizar o jovem com deficiência. **Sendo um dever, os empregadores também são corresponsáveis pela solução do problema e, nesse sentido, devem, também, implementar programas empresariais objetivando realizar a capacitação de profissionais sempre que as vagas estiverem disponíveis e os concorrentes não forem preenchidas por ausência de qualificação dos participantes do certame.** (grifo nosso)

Para melhor desempenhar a tarefa de reconhecer, na ordem jurídica brasileira, um dever fundamental, importante conceituá-lo. Segundo Gonçalves e Fabríz, 2013, p. 92) 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 dos direitos fundamentais” (Gonçalves e Fabríz, 2013, p. 92).⁴

A solidariedade é o primeiro componente que aparece no conceito de dever fundamental, constando, também, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I). A solidariedade traz embutido no seu conteúdo a ideia de que os direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional, para serem efetivados, precisam da atuação do Estado (solidariedade vertical) e, também, do agir dos particulares (solidariedade horizontal). Em um Estado Democrático de Direito, é importante ressaltar que os indivíduos, além de serem titulares de direitos, têm deveres a serem cumpridos, em plena materialização do princípio da solidariedade.

Do conceito extraímos, também, a ideia de proporcionalidade entre o dever imposto a alguém e o esforço que essa pessoa terá que fazer para realizá-lo. Segundo Pedra (2015, p. 1138), “mesmo em decorrência da ideia de solidariedade não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário – ou desproporcional – com o fim de salvaguardar determinado direito”.

Feitas as considerações iniciais sobre os deveres fundamentais, parte-se para os seguintes questionamentos: podemos enxergar no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher um dever humano?

⁴ Conceito elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Daury Cesar Fabríz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória.

O DEVER HUMANO DE PREVENIR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTO NA “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, ratificada e em vigor no Brasil desde 01 de agosto de 1996, materializa um compromisso internacional assumido pelo Brasil no sentido de adotar as medidas necessárias para proteger a mulher de qualquer tipo de violência. Registre-se que, por se tratar de norma internacional sobre direitos humanos, aprovada sem o quórum qualificado exigido pelo §5º, do artigo 5º da Constituição de 1988, ostenta o status de norma supralegal⁵.

Assim dispõe o artigo 7º, c, da Convenção em análise:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como **adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;** (grifo nosso)

Importante identificar que o artigo apontado acima encontra-se no Capítulo III da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, parte do instrumento normativo internacional que trata sobre **os**

⁵ Tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466.343-SP e reiterada no julgamento do HC 90.172-SP, 2ª Turma, votação unânime.

deveres dos Estados. Como se vê, a Convenção de Belém do Pará traz, de forma expressa um dever humano.

Por meio de uma interpretação literal chega-se à conclusão que o Estado brasileiro é destinatário do dever previsto no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Porém, se direcionarmos esse dever humano aos empregadores (pessoas físicas e empresas), encontraríamos fundamento doutrinário reconhecendo personalidade jurídica no plano internacional a eles, atraindo, como consequência, a responsabilidade diante do descumprimento do dever humano de prevenir a violência contra a Mulher?

Para Rezek (2018, p. 190), somente têm personalidade jurídica internacional os Estados (personalidade originária) e as organizações internacionais (personalidade derivada), ficando de fora o indivíduo e a empresa (privada ou pública). A explicação é que, diferente do que ocorre com os Estados e os organismos internacionais, as pessoas comuns não se envolvem no processo de produção do arcabouço normativo internacional, tampouco guardam relação direta ou indireta com essa ordem.

Mazzuoli (2018, p. 353), posicionando-se de forma diferente, aponta os indivíduos como novos sujeitos do Direito Internacional. Para o autor, “tais *novos sujeitos* são, às vezes, entendidos como sendo meramente derivativos do Estado, o qual continuaria a guardar a condição de titular primário das normas internacionais”. Gonçalves (2018, p. 25) afirma que “os indivíduos são explicitamente reconhecidos como sujeitos de deveres internacionais no Pacto Internacional

sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no Tribunal Penal Internacional (TPI), sendo que neste inclusive passíveis de sanções.

Alargando o debate sobre a possibilidade de as empresas figurarem no rol de sujeitos do Direito Internacional Público, Gonçalves (2018, p. 11) ressalta que tal discussão vem no bojo do estudo sobre Responsabilidade Social Corporativa (CSR). A autora lembra que “os principais esforços internacionais direcionados às corporações multinacionais estão no contexto das Nações Unidas”. A ideia, segundo Gonçalves, era “estudar o impacto das corporações multinacionais no desenvolvimento econômico e nas relações internacionais”, ideia abandonada no início da década de 1990. Atualmente, quando se pensa em responsabilização de empresas no plano internacional, por descumprimento de deveres humanos, o cerne central recai sobre ações ou omissões dessas pessoas jurídicas por danos socioambientais por elas causados.

Uma vez reconhecido como sujeito de Direito Internacional, três qualidades na atuação internacional manifestam-se: a primeira, a de sujeito ativo, com aptidão para o Direito das Gentes; a segunda, a de sujeito passivo, com responsabilidade internacional, podendo responder por ações ou omissões em desconformidade com o disposto nas normas internacionais; a terceira, capacidade para participar o processo de elaboração das normas internacionais. Ressalte-se que o Estado é o único sujeito de Direito Internacional que dispõe das três qualidades e, conforme assevera Gonçalves (2018, p. 8), “Gradativamente, tem-se verificado a emergência de algumas faculdades - em alguns contextos - também de

atores privados, em especial dos indivíduos, mas também de corporações”.

Ampliando a ideia de responsabilização de empresas no plano internacional, por descumprimento de deveres humanos, para além dos danos socioambientais por elas causados, aplicaremos, por analogia, o estudo já consolidado na teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais.

Sarlet (2012, p. 8) ressalta que a doutrina constitucionalista tem ligado o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva. Isso significa que os direitos fundamentais “exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger”. Esses valores reverberariam por toda a ordem jurídica, razão pela qual, segundo Sarlet, “de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado”.

Com amparo na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como os estudos doutrinários acerca da viabilidade de se reconhecer personalidade jurídica internacional às empresas, compreendemos ser possível considerar os empregadores (pessoas físicas ou empresas) destinatários do dever humano previsto no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher um dever humano. Com isso, reafirmamos o pensamento já apresentado nesse estudo de que o exercício de um dever humano por parte dos particu-

lares (solidariedade horizontal) potencializa a efetividade dos direitos fundamentais, compromisso que não é tarefa somente do Estado (solidariedade vertical).

O cumprimento do dever patronal de continuar pagamento do salário da trabalhadora que sofreu violência doméstica e familiar, enquanto durar a interrupção atenuada do contrato de trabalho, além de ser um exemplo de solidariedade, enquadra-se perfeitamente na ideia de alteridade.

Sobre a alteridade, importante destacar que o artigo 2º da CLT consagra de forma expressa tal característica típica da figura do empregador. Este dispositivo celetista determina ser do empregador a assunção dos riscos da atividade econômica. Godinho Delgado (2019, p 495), ao discorrer sobre essa característica do empregador, assim se manifesta:

Circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

Ressalte-se que a aplicação, por analogia, do artigo 72, §1º da Lei 8213/1991 atenuará os riscos suportados pelo empregador, uma vez que ele poderá compensar os valores pagos quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, tornando a imposição de tal dever proporcional.

O DEVER DO EMPREGADOR DE PAGAR SALÁRIO DURANTE O AFASTAMENTO DA EMPREGADA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ao criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, espalhou seus efeitos, também, para as relações de emprego, por meio do disposto no artigo 9º, §2º, II, cujo objetivo foi preservar a integridade física e psicológica da empregada em situação de violência doméstica e familiar. Referido dispositivo legal garantiu a manutenção do vínculo de emprego da empregada vítima de violência doméstica ou familiar, por um lapso temporal de, até, seis meses, quando necessário o afastamento da mesma do local de trabalho.

Não podemos negar que a Lei Maria da Penha materializa o disposto no § 8º do artigo 226 da Constituição da República de 1988 e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, assim como é possível afirmar que a decisão judicial que ordena o empregador a manter o vínculo empregatício em um momento difícil vivido pela trabalhadora protege o direito fundamental ao trabalho. Porém, é importante que o estudioso do direito interprete o silêncio do legislador acerca de quem arcará com os custos dos direitos trabalhistas da empregada em situação de violência doméstica e familiar, enquanto durar tal afastamento. Sobre a competência para proferir tal decisão, Maria Berenice Dias (2015, p. 158) assim se manifesta:

A competência para decidir sobre a manutenção do vínculo empregatício à vítima de violência doméstica é do JVDPM. Enquanto não criados, a providência cabe ao juiz criminal. Do mesmo modo, nas ações intentadas perante o juízo de família, que têm como causa de pedir a violência doméstica, o pedido de garantia de ordem trabalhista, é do juiz da Vara de Família competente para a concessão da medida.

Prolatada a decisão, resta uma grande dúvida: o afastamento previsto no artigo 9º, §2º, II, da Lei nº 11.340/2006 produz suspensão ou interrupção da produção de efeitos do contrato de trabalho?

Sendo o afastamento uma hipótese de suspensão, resultaria em uma sustação ampla e bilateral da produção de efeitos do contrato de trabalho, ou seja, a trabalhadora não se colocaria à disposição do seu empregador, este não teria o dever de pagar salário e o tempo de afastamento não seria computado para todos os efeitos legais; se a hipótese fosse de interrupção contratual, a paralisação da produção de efeitos seria restrita e unilateral, uma vez que somente a empregada ficaria liberada de prestar os serviços, restando em pleno vigor todas as obrigações patronais.

O tema não é consenso na doutrina. Souto Maior (2008, p. 368) entende que o afastamento previsto no artigo 9º, §2º, II, da Lei Maria da Penha é típico caso de interrupção contratual, posicionando-se da seguinte forma: “o direito em questão se exercerá, por óbvio, sem prejuízo do salário, obrigação que penderá sobre o empregador para atender a sua função social”.

Castro (2006, p. 4), entendendo ser o referido afastamento hipótese de suspensão contratual, afirma que “em face da regra de comutatividade das prestações, somente por expressa previsão legal ou convencional poderia ser exigida a contraprestação salarial, sem a prestação de serviços”.

A tendência da doutrina e da jurisprudência é enquadrar o afastamento da mulher vítima de violência doméstica ou familiar como hipótese de suspensão contratual. Esse também é o entendimento que pode ser extraído do julgamento de um Recurso Especial⁶, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator foi o Ministro Rogerio Schietti Cruz. Para o julgador:

Ante a omissão legislativa, devemos nos socorrer da aplicação analógica que é um processo de integração do direito em face da existência de lacuna normativa e entender que, como os casos de violência doméstica e familiar acarretam ofensa à integridade física ou psicológica da mulher, estes devem ser equiparados por analogia, aos de enfermidade da segurada, com incidência do auxílio-doença, pois, conforme inteligência do art. 203 da Carta Maior, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Mesmo com essa importante decisão que, de certa forma, acende um facho de luz sobre a grande celeuma e coloca em evidência a interpretação doutrinária que enxerga ser uma hipótese de suspensão contratual o referido afastamento, o caminho a ser percorrido pela mulher vítima de violência doméstica e familiar para o recebimento do benefício pre-

⁶ Voto disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RESP%20voto%20relator.pdf> Acesso em: 02 de setembro 2020.

videnciário não será fácil, dada a dificuldade e a burocracia que envolve a concessão dos benefícios pagos pelo INSS.

Por essa razão, no presente trabalho defendemos a viabilidade de se aplica a essa situação o disposto no artigo 72, §1º da Lei 8213/1991⁷, o que tornaria tal afastamento um típico caso de interrupção atenuada, a exemplo do que ocorre com o afastamento maternidade, situação que gera à mãe trabalhadora o direito de receber o salário maternidade.

Para Godinho Delgado (2019, p. 1287), ao atenuar os efeitos da interrupção contratual no afastamento maternidade, o legislador amenizou os custos assumidos pelo empregador e implementou uma política social voltada à eliminação de discriminações dirigidas à mulher trabalhadora. Para o autor, “se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, uma vez que seus contratos seriam mais caros para o empregador”.

A aplicação da sistemática prevista no referido artigo da lei previdenciária enquadra-se perfeitamente nos componentes que aparecem no conceito da categoria jurídico-constitucional dever fundamental, quais sejam, a solidariedade e a proporcionalidade.

Quando ao primeiro, é importante pontuar que os empregadores (pessoas físicas ou jurídicas), em suas ações, devem observar os objetivos fundamentais previstos no

⁷ Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003).

artigo 3º da Constituição de 1988, dentre eles a construção de uma sociedade solidária e, continuar pagando o salário enquanto a obreira, vítima de violência doméstica, estiver afastada, é demonstração de solidariedade.

Em relação ao segundo componente, como a aplicação, por analogia, do artigo 72, §1º da Lei 8213/1991, permite que haja a compensação dos valores pagos quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, o cumprimento de tal dever humano não representará um sacrifício extraordinário ao empregador, não sendo, portanto, desproporcional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estigma culturalmente construído da subordinação da mulher ao homem, fruto de uma sociedade patriarcal, contribui para a naturalização da violência doméstica contra a mulher. Essa violência, que nos dias atuais apresenta índices alarmantes, exige ações estatais aptas a coibirem a violência no âmbito das relações familiares (artigo 228, §8º da Constituição de 1988). Um dos mecanismos importantes no enfrentamento à violência contra a mulher encontra-se no artigo 9º, §2º, II da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que assegura a manutenção do vínculo empregatício da trabalhadora vítima de violência e familiar, por um período de até seis meses.

A medida legislativa infraconstitucional representa um avanço muito grande, porém, contém uma lacuna que pode tornar o dispositivo em comento letra morta. Isso ocorre porque o legislador protege o vínculo de emprego da obreira

que sofreu violência, permite o seu afastamento, mas nada fala sobre quem pagará o seu salário durante esse período.

A doutrina, ao se manifestar sobre a natureza jurídica desse afastamento, tende a considerar, majoritariamente, como sendo hipótese de suspensão contratual, o que ocasiona uma sustação ampla e bilateral da produção de efeitos do contrato de trabalho, ou seja, a trabalhadora não se coloca à disposição do seu empregador e este não paga salário; além disso, o tempo de afastamento não se computa, para todos os efeitos legais.

Ganhou força essa corrente interpretativa quando a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial, entendeu que, ante a omissão legislativa, os casos de violência doméstica e familiar, por acarretarem ofensa à integridade física ou psicológica da mulher, seriam equiparados, por analogia, aos de enfermidade da segurada, devendo a obreira receber auxílio-doença. Como se vê, o Tribunal enquadrou, também, como hipótese de suspensão contratual.

Com essa decisão poderíamos pensar que o problema estaria resolvido e que a obreira, vítima de violência doméstica e familiar não ficaria desamparada, pois contaria com o recebimento do benefício previdenciário. Ocorre que o trâmite a ser seguido pelos segurados, até o recebimento do benefício previdenciário, pode demorar muito tempo, lapso temporal por vezes impossível de ser suportado por quem se encontra em um ciclo de violência e tem, no recebimento do salário, o único meio de garantia a sua subsistência.

Na tentativa de apontar saída, o presente estudo enquadrou o afastamento da trabalhadora vítima de violência

doméstica e familiar como uma hipótese de interrupção atenuada, o que impõe ao empregador o dever de continuar pagamento o salário da obreira durante o período de afastamento. A fim de evitar um sacrifício extraordinário ao empregador, o estudo propôs a aplicação, por analogia, do artigo 72, §1º da Lei 8213/1991, o que permite ao empregador compensar os valores pagos quando do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Para chegar a essa saída jurídica, buscou-se enxergar no artigo 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher um dever humano e, com amparo na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como nos estudos doutrinários acerca da viabilidade de se reconhecer personalidade jurídica internacional às empresas, enquadrar o empregador (pessoa física ou jurídica) como destinatário de tal dever humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**,

online. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 02 de set de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República**

Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 19 de ago de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**,

online. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_

ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 02 de set de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.973 de 1º de agosto de 1996.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm Acesso em: 17 ago. 2020.

BRAVO, Renata. Femicídio: tipificação, poder e discurso.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2005.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A Lei Maria da Penha e o contrato de trabalho. Juízes para a Democracia, nº 39, p. 4, set.-nov. 2006.

CIPRIANI, Marcelli. Violência(s) contra a(s) diferentes) mulhe(res): a proibição do aborto e a urgência de tornar visível o socialmente invisibilizado. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 15, n. 2, p. 107-140, 2016.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. Pedra, Adriano Sant'Ana. Meio ambiente digital, arquitetura e direito de resposta: os deveres dos prestadores de serviços de Internet. Mecanismos internacionais e internos de efetividade dos direitos fundamentais. Joaçaba: SC, Ed. Unoesc, p. 397-419, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e

familiar contra a mulher. 4^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FABRIZ, Daury Cesar. Cidadania, democracia e acesso à justiça. **Panóptica**, Vitória, v. 2, n. 1, p. 01-36, jan. 2007.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. **Direito Internacional dos deveres humanos**: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados. Artigo apresentado ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito da FDV – Doutorado, como parte integrante das atividades do Grupo de Pesquisa Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2018.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. **Dever Fundamental: a construção de um conceito**. In. DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. Direitos Fundamentais Cíveis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, v. 27, n. 2, p. 20, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) & FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas da Violência 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 12 jun. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**, vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Francisca Jeane Pereira da Silva; FABRIZ, Daury César. O dever fundamental do empregador de profissionalizar o jovem com deficiência como forma de efetivar o direito ao trabalho. Artigo apresentado ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da FDV – Doutorado, como parte integrante das atividades do Grupo de Pesquisa Estado Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11 ed. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Org.: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKUHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo. Joaçaba: Unoesc, 2015.

_____. As diversas perspectivas dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 9-12, 2018.

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Histórica**, 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/> Acesso em: 29 agosto de 2020.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Borgiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. **São Paulo em perspectiva**, v. 13, n. 4, p. 82-91, 1999.

_____. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**. v. 16, Campinas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado-Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de DIREITO CIVIL-RFDC**, 2012.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**, v. 12, n. 2, p. 35-50, 2004.

TENORIO, Emilly Marque. **Lei Maria da Penha e medidas de proteção**: entre a polícia e as políticas. Campinas: Papel Social, 2018.

ACIDENTES DE TRÂNSITO E SAÚDE PÚBLICA: EM BUSCA DE CAMINHOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹

Rômulo Linhares Ferreira Gomes²

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde no Brasil, mais que qualquer outro direito social, enfrenta graves questões e desafios quanto à sua plena promoção e eficácia. As dificuldades orçamentárias, a escassez de recursos do SUS e a crescente demanda social por saúde são realidades que não se pode relegar. É de extrema relevância, pois, qualquer esforço investigatório no sentido de encontrar formas de dar máxima

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 Mestrado e Doutorado 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. Vice presidente da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: elda.cab@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/89333361259561564>.

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Professor assistente da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professor da Faculdade Luciano Feijão (FLF). E-mail: romulolinharesadv@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3907306807953743>

efetividade a esse direito, descobrindo novas e mais eficazes leituras de atendimento às diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde.

Aliás, esse esforço no permanente repensar das práticas de gestão, recriando, modelando e aprimorando as formas de melhor atender as demandas de saúde, bem como a troca das experiências vividas nessa constante dinamicidade gerencial, não se afigura um mero discurso moral de respeito a coisa pública ou mesmo uma virtude do gestor modelar.

É, na verdade, a própria definição do princípio da integralidade, diretriz basilar do Sistema Único de Saúde, que precisa ser concebido como um conjunto articulado de ações e serviços preventivos e curativos sujeitos a uma continuada busca por inovações institucionais, seja na organização desses serviços de saúde, seja na incorporação e/ou desenvolvimento de novas tecnologias assistenciais de atenção aos usuários do SUS (PINHEIRO, 2008. p. 257).

Logo, a busca criativa por caminhos de otimização de políticas públicas com vistas a eventualmente alocar mais recursos orçamentários e financeiros para o SUS, bem como reduzir-lhe as despesas, é medida que se harmoniza com os comandos do princípio da integralidade.

Esse princípio parece sugerir que a ampliação do alcance e consecução de maior efetividade às políticas públicas de saúde pode depender, muitas vezes, tão-somente de um realinhamento da visão do gestor, a fim de que ele exerça o olhar para a coisa pública de uma forma plural, transdisciplinar. É preciso pensar as ações de saúde sob uma perspectiva mais abrangente, articulando diferentes políticas públicas

com vistas a alcançar efeito sinérgico para a resolução de situações complexas e melhor atender às demandas sociais (SIQUEIRA e BUSSINGUER, 2010. p. 262).

De fato, não deve ser outro o olhar que se deve imprimir ao direito à saúde. A opção do legislador constituinte foi por um sistema de saúde de direito de cidadania no qual se deve privilegiar a promoção da saúde com ações de proteção, prevenção e diagnósticos precoces: uma concentração de esforços na atenção básica de saúde. Impossível o foco nestas ações sem esse olhar múltiplo, integral.

É sob o prisma desse olhar plural – expressão fiel do princípio da integralidade – que este artigo pretende enfrentar um dos problemas que gravam fortemente o Sistema Único de Saúde: os acidentes de trânsito.

Segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde (2019), órgão vinculado à OMS, os acidentes de trânsito custam à maioria dos países 3% do seu Produto Interno Bruto (PIB). No Brasil, recente publicação do IPEA atualizou dados coletados em 2014, apontando que os custos totais com acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras têm gravitado em torno de 43,3 bilhões de reais. Nas vias urbanas, a estimativa feita é a de que os custos podem chegar a 12,9 bilhões de reais. Esse mesmo estudo também aponta que aproximadamente 19,6% desses custos é referente a despesas hospitalares, ou seja, falamos da cifra aproximada de 8,48 bilhões de reais para os acidentes em rodovias e 2,52 bilhões de reais para acidentes urbanos, cifra que corresponde a, respectivamente, 5,2% e 1,5% do orçamento da saúde

previsto para o ano 2020 (CARLOS HENRIQUE RIBEIRO DE CARVALHO, 2020).

Ponha-se em relevo, por oportuno, que estimativa feita pelo Governo Federal indica que mais de 50% dos acidentes de trânsito se devem à imprudência ou negligência dos condutores, seja por desrespeito às leis de trânsito, seja por falta de atenção do condutor (BRASIL, 2018).

Esses dados dão ideia aproximada do tamanho do problema dos acidentes de trânsito no Brasil e a potencialidade que eles detêm para gravemente impactar a saúde pública. Trata-se de fenômeno com potencial para onerar parte considerável do orçamento da saúde, pelo que já algum tempo merece ser olhado sob o prisma da intersetorialidade.

Essa abordagem multissetorial, guiada pelo princípio da integralidade, permite a visualização de paradoxos e incompatibilidades em situações nas quais um olhar monocular jamais os identificaria. Vejamos: de um lado o Sistema Único de Saúde seguindo gravemente afetado pela oneração causada pelos acidentes de trânsito, que no Brasil tem acumulado números de guerra (PERES, 2019); doutro lado, a considerável sobra de recursos destinados à educação no trânsito.

A afirmação baseia-se no fato de que o Fundo Nacional de Segurança e Educação no Trânsito – FUNSET, desde sua criação, tem se mostrado não só superavitário, como, por vezes, quase “intacto” ao longo do exercício fiscal (CNT, 2019)³.

³ No ano de 2019, o FUNSET teve o orçamento de 921,93 bilhões de reais, no entanto somente a quantia de 73,61 milhões foi executada (BRASIL. Portal da Transparência. Controladoria Geral da União. 2019. Disponível em: <https://portaldatransparencia.cgu.gov.br/orgaos/56901?ano=2019>. Acesso em Acesso em: 20 jul. 2020.)

Considerando que o FUNSET é gerido pelo Departamento Nacional de Trânsito, na forma estabelecida pelo Decreto Federal 2.613/98 (BRASIL, 1998), o quadro reportado no parágrafo anterior parece ter relação com a baixíssima adesão dos municípios brasileiros ao Sistema Nacional de Trânsito, já que, passados mais de vinte anos da promulgação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei No. 9.503/97), apenas cerca de 30% dos municípios no Brasil aderiram ao SNT (BRASIL, 2010).

O déficit de órgãos municipais para atuar na prevenção dos acidentes de trânsito, a sobra de recursos orçamentários destinados à educação no trânsito e a gravidade do impacto dos acidentes de trânsito na saúde pública, todo esse estado de coisas sob o amálgama do princípio da integralidade, impele-nos à análise sobre a possibilidade de utilização dos recursos do FUNSET por órgãos que componham o sistema de saúde para executar ações de prevenção e educação no trânsito.

O objetivo desse artigo é analisar as questões decorrentes da execução de ações de educação e prevenção de acidentes de trânsito por órgãos componentes do Sistema Único de Saúde com a utilização de recursos orçamentários destinados a educação no trânsito do FUNSET, cuja execução tem sido tradicionalmente ligada aos órgãos de fiscalização de trânsito. Essa prática consolidaria a aplicação do princípio da integralidade, abordando, assim, os acidentes de trânsito como um problema sanitário e, exortando gestores a pensarem a saúde pública sob uma perspectiva transdisciplinar.

Para responder alcançar esse objetivo, como percurso metodológico, buscaremos através de uma pesquisa de caráter qualitativo e exploratório, coletando dados secundários a partir de levantamentos oficiais já processados e de pesquisas já publicadas, bem como a partir de ampla revisão bibliográfica sobre a temática, em um primeiro momento analisar a formação do Princípio da Integralidade dentro do Sistema Único de Saúde e as diversas compreensões conceituais que ele suscita. Em pós, passaremos à investigação acerca da dinâmica dos acidentes de trânsito no Brasil, suas causas e o seu impacto na saúde pública. Depois disso, passaremos à análise sobre a formação legal dos recursos destinados à educação no trânsito (FUNSET – Fundo Nacional de Segurança e Educação no Trânsito), suas finalidades e histórico de execução orçamentária para, ao final, lançadas as luzes sobre a problemática, buscar para ela possíveis soluções.

1 PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE: UM CAMINHO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

O problema da efetivação de direitos fundamentais não perde a sua atualidade, sendo, portanto, de extrema relevância todo e qualquer esforço no sentido de encontrar formas mais eficazes de concessão desses direitos. A questão ganha contornos ainda mais complexos quando se reporta ao direito à saúde.

É que a arquitetura jurídica do direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 foi fruto de uma ampla luta do movimento sanitarista na década de 70 e representa a conquista de um direito à saúde cujo formato

se revela como um direito de cidadania (um direito de todos e um dever do estado), contexto do qual erige o princípio da integralidade como um dos pilares do Sistema Único de Saúde no Brasil.

Muitas são as concepções que se podem extrair do princípio da integralidade, podendo ele ser entendido como um princípio norteador de práticas de saúde, ou de formas de terapêutica, ou mesmo como reitor da configuração de políticas públicas (MATTOS, 2009); porém, pensamos que para uma adequada compreensão do seu alcance é inevitável considerarmos o legado histórico que ele carrega consigo.

Essa dimensão histórica permite compreender que, sendo fruto de uma intensa batalha política travada pelo movimento sanitarista, marcada por tensões de diversas ordens e segmentos sociais, a integralidade se firma como uma categoria para além de um “mero” princípio constitucional, mas verdadeiramente uma “bandeira de luta”, parte de uma “imagem-objetivo”, um conjunto de características do sistema de saúde e de suas práticas que são consideradas desejáveis. Um conjunto de valores pelos quais vale a pena lutar, por se relacionarem com um ideal de justiça e solidariedade social (MATTOS, 2009. p. 45).

Isso porque, ao estabelecer que o direito à saúde no Brasil reger-se-ia pelo princípio da integralidade, em verdade, submeteu o legislador constituinte o serviço público de saúde a comandos de múltiplos vetores: à adoção de práticas de boa medicina que considerem o paciente e o seu sofrimento em sua perspectiva total (expressão da dignidade humana), não reduzida, portanto, ao trato biológico; à necessidade de

superação da fragmentação das atividades no interior das unidades de saúde, desenvolvendo-se protocolos e ações articuladas para a atenção integral ao paciente; e à necessidade de consecução de políticas públicas articuladas em sinergia com outras áreas para dar respostas a determinado problema de saúde que assole certo grupo populacional (PINHEIRO, 2008).

Há, portanto, ínsito ao próprio conceito de integralidade, a um só tempo, uma ideia de dinamismo e incompletude. Dinamismo por que a integralidade impõe que as práticas de gestão de saúde sejam (re)construídas no dia-a-dia, não sendo bastante a visão macroestrutural dos processos políticos, sociais e institucionais. É necessário que a construção de novos arranjos e práticas sejam concebidas a partir do desvelamento do cotidiano dos atores envolvidos numa ação constante (PINHEIRO, 2009, p.70).

A dimensão da incompletude residiria no sentido de que a busca pelo aprimoramento das práticas de gestão deve ser constante, eis que elas nunca se encontrarão prontas e acabadas, seja por que sempre será possível otimizar práticas pela ação criativa, implementando novas tecnologias, seja por que as novas situações sociais reclamam respostas diferentes do sistema público para atender aos novos problemas de saúde que se apresentam. A superação de obstáculos e a implantação de inovações no cotidiano dos serviços de saúde devem ser movimentos constantes (PINHEIRO, 2008).

Dentro dessa constante dinâmica de superação de obstáculos e de inovação de práticas, dois aspectos da integralidade são caros a esta pesquisa.

O primeiro desses aspectos, ligado a essa constante necessidade de superação de obstáculos, diz respeito à prevenção em saúde.

Ora, pensar em uma assistência em saúde integral, não é o mesmo que pensar num sistema de atenção total à saúde! Os principais estudos sobre o tema afirmam que os sistemas de saúde não devem, e nem podem, ofertar a todas as pessoas a totalidade dos serviços disponíveis, mas sim àqueles que deles necessitem (SIQUEIRA e BUSSINGUER, 2010. p. 291). Isso, no entanto, não é uma franquia ao racionamento de serviços, mas um chamado ao uso racional dos recursos públicos.

Nessa toada, harmoniza-se com a ideia da integralidade um sistema de saúde que concentre esforços na atenção primária, mormente com vistas a atuar na prevenção e tratamento precoce de doenças, reduzindo a gravidade das enfermidades, e otimizando os custos com tratamentos de saúde.

O modelo de atenção à saúde tal qual consta do art. 196 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e da Lei No. 8.080/90 (BRASIL, 1990), pois, ao pretender se submeter à batuta do princípio da integralidade, observando as diretrizes semeadas na Carta de Otawa, optou por focar sua sistemática nas ações de promoção e prevenção, em contraponto a um modelo eminentemente “hospitalocêntrico” (PAIM, 2012. pp. 466-467).

Porém, mesmo passados trinta anos da implementação do Sistema Único de Saúde, o país ainda permanece investindo maciçamente na assistência hospitalar e ambulatorial (vide Gráfico 01).

É importante registrar que a partir dos anos 90 o país chegou a experimentar movimento capitaneado, sobretudo, pelos gestores municipais, que desejava implementar no país um “novo modelo de atenção básica”, dotando-o de maior universalização. Esse movimento perdurou durante os anos 2000 com a defesa pelo Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde de uma maior qualificação da atenção básica, porém, tal movimento tem encontrado sérias barreiras no problema do financiamento do SUS (SANTOS NETO *et al*, 2016).

Apesar disso não se pode perder de vista que, num sistema onde a integralidade é pedra de toque, deveriam ser priorizadas as medidas de prevenção de doenças e agravos.

A atuação da vigilância epidemiológica, por exemplo, deveria ter papel destacado neste modelo, por se tratar do segmento que cuida das ações que *“proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”* (art. 6o., §2o da Lei 8.080/90). No entanto, não é isso que vem se observando nos últimos anos no Brasil. Veja-se:

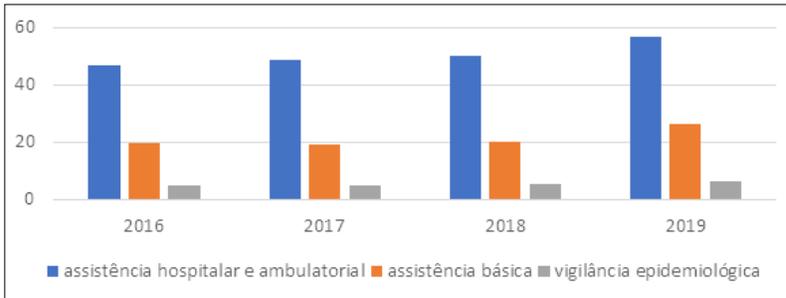


Gráfico 1. Orçamento executado em bilhões do Ministério da Saúde.
Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal (2020).

Levando em consideração o quadriênio acima, em números absolutos, o orçamento executado destinado à atenção básica mantém-se, praticamente, estável e apresenta tímido crescimento somente no ano 2019. Em termos relativos, não se consegue enxergar uma tendência de crescimento dessas despesas em relação às despesas hospitalares e ambulatoriais.

Encontra-se, pois, o cenário de um sistema de saúde imerso na contradição de, apesar de regido pelo princípio da integralidade – o que impõe o investimento maciço em atenção básica –, revelar um orçamento que sugere investimento da maioria de seus recursos em assistência hospitalar e ambulatorial. A sugestão desse estado de coisas é a de que *ser* e *dever ser* parecem trilhar caminhos diametralmente opostos.

A inadequação da aplicação desses recursos fica ainda mais evidente quando se considera a escassez de recursos para o custeio das atividades de saúde no Brasil.

Funcia (2019) atribui a escassez de recursos do SUS a um problema de subfinanciamento que remonta mesmo ao seu nascedouro, quando já se verificava uma insuficiência de recursos orçamentários alocados ao seu custeio para dar conta da promoção do direito à saúde na amplitude proposta. Para ele, até hoje o sistema de financiamento da saúde pública no Brasil é confuso e contempla várias questões ainda de discussão em aberto.

Tem-se, também, elencado como concausa desse subfinanciamento questões relativas à formatação econômica que tem moldado o Estado Brasileiro ao longo dos tempos, cuja organização milita em favor da promoção de superávits primários com vistas a criar cenários favoráveis ao capital estrangeiro (MARQUES *apud* FUNCIA, 2019); bem como os adventos das Emendas Constitucionais 86 de 16 de março de 2015, e 95 de 16 de dezembro de 2016. Esta “congelou” o piso das despesas com base na despesa paga em 2016, corrigida pelo IPCA anualmente, sem qualquer vinculação ao aumento de receitas ou qualquer outro indicador (aumento da demanda, aumento populacional etc); aquela conferiu às emendas parlamentares a obrigatoriedade de execução, computando-as como parte do orçamento que compõe o piso federal. Duas medidas que impactaram de forma importante o já sofrível orçamento da saúde.

O que se vê é que, ao revés do que tem ocorrido na prática, a inteligência do princípio da integralidade deveria compelir o gestor público a destinar maior número de recursos à atenção básica, conduta que se revela ainda mais importante quando o cenário é de escassez de recursos.

Uma outra abordagem do princípio da integralidade que é cara ao presente estudo é a sua perspectiva sob o ponto de vista da necessidade de inovação das práticas de gestão, planejamento e execução de políticas públicas.

Essa concepção decorre da formatação da integralidade como princípio e diretriz geral para organização do sistema público de saúde e de suas práticas que, não obstante se trate de discurso que remete ainda ao movimento sanitário de 70, continua a impor múltiplos desafios. Tem-se dito, até, que o princípio da integralidade seja, talvez, o menos destacado na trajetória do sistema e de suas práticas desde sua inserção na CF em 1988 (SIQUEIRA, BUSSINGUER; 2010. p. 285).

Um marco nas discussões sobre a integralidade na atenção à saúde foram os debates na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde, reunida em Alma-Ata, em 1978, desde quando o tema tem sido discutido, chegando, inclusive a ser inserido como diretriz nos documentos oficiais da Organização Mundial de Saúde e dos países signatários. Essa diretriz dá conta de que os cuidados primários de saúde devem ser apoiados por sistemas de referência integrados, funcionais e mutuamente amparados, levando à progressiva melhoria dos cuidados gerais de saúde para todos e dando prioridade aos que têm mais necessidades. (SIQUEIRA, BUSSINGUER; 2010. p. 285)

Esses cuidados expressam claramente a necessidade de ação conjunta de todos os governantes e sujeitos sociais envolvidos com o setor saúde com a finalidade de propiciar um ambiente de justiça social, elevando o direito à saúde como o direito social mais relevante, intimamente ligado ao

direito à vida e à dignidade da pessoa humana, verdadeiros direitos públicos subjetivos que devem ser garantidos, observando uma ética em busca da justiça social (SIQUEIRA, BUSSINGUER; 2010. P. 286).

Pensar políticas públicas de saúde, portanto, sob a inspiração do princípio da integralidade, é exercício de pluralidade, de multidisciplinariedade. A visão monocular do gestor de saúde não deve ser suficiente para alcançar arranjos institucionais tanto eficazes quanto necessários a uma resposta eficiente para os problemas de saúde.

É necessário o pensar articulado com outros ramos da gestão pública, já que as diversas áreas da gestão (saúde, educação, economia, assistência social, trabalho, trânsito etc.) somente se encontram assim bem divididas e delimitadas no plano da idealidade. No mundo real, elas se encontram amalgamadas, interagindo mutuamente nas causas do adocimento populacional.

Assim, o princípio da integralidade firma-se como, inegavelmente um importante caminho para a consecução de um direito à saúde o mais amplo possível, eis que, ao conferir a esse princípio importância destacada nas ações de gestão, estaria o gestor público verdadeiramente tratando o direito à saúde como um direito de cidadania; porém, esse princípio exige padrões móveis e progressivos e a capacidade de exercer sempre no limiar do impossível todas as combinações possíveis de forças técnicas, políticas e administrativas presentes em cada realidade local (PINHEIRO, 2008).

A inspiração para novas formas de políticas públicas de saúde, tanto mais eficientes quanto possíveis, reside, por certo, no princípio da integralidade.

2 ACIDENTES DE TRÂNSITO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA.

O olhar sob a lente do princípio da integralidade nos remete a uma visão mais ampla de saúde, pelo que passam a ser compreendidas sob esse espectro todas as múltiplas causas de adoecimento populacional.

A título exemplificativo, cite-se o caso da violência. Citando MINAYO, Roseni Pinheiro (2009), afirma que a violência não é propriamente um problema de saúde, porém, ao se considerar uma concepção mais ampla de saúde, contemplando, pois, os múltiplos fatores que impactam no adoecimento populacional, teríamos que a violência seria, sim, objeto de preocupação pela saúde, já que “tudo aquilo que resulta no agravamento às condições de vida, de trabalho, de relações interpessoais e toda a superação de tais condições diz respeito à saúde”. A violência é causa de afetação à saúde das pessoas e, portanto, de ofensa à vida, à integridade física, à dignidade humana, tratando-se, logo, inegavelmente de um problema de saúde (PINHEIRO, 2009, p.84).

Corroborando esse pensamento, em 2002, a Organização Mundial de Saúde elaborou o Relatório Mundial sobre Violência e Saúde (OMS, 2002) no qual se aponta que a violência se encontra entre uma das importantes causas da mortalidade no mundo, pelo que se revela um problema de saúde pública. É problema que sofre forte influência cultural

e sua resolução perpassa outras políticas de Estado como a de prevenção e combate ao crime organizado, redução das desigualdades sociais, prevenção à violência doméstica, ações afirmativas, dentre outras tantas.

É exatamente nesse contexto que deve surgir o princípio da integralidade como ferramenta de articulação dessas várias instâncias públicas, a fim de pensar soluções e executar políticas que respondam eficazmente a esses reclames.

Há algum tempo a pauta dos acidentes de trânsito já se encontra inserida no debate da saúde pública e não se trata somente de um problema nacional, mas de uma chaga que afeta gravemente vários outros países.

A partir do momento em que os acidentes de trânsito começam a despontar no mundo todo como das principais causas de morbimortalidade, vitimando milhões de pessoas, sem olvidar os impactos econômicos de diversas ordens causados por esse fenômeno, sobretudo no orçamento da saúde, não há como não considerá-los como um problema de saúde pública (RIOS et al, 2020).

No ano de 2011 a Organização Mundial de Saúde intitulou a presente década como sendo a Década da Ação pela Segurança no Trânsito (2011-2020), após realizar levantamento de que os acidentes de trânsito matam anualmente cerca de 1,25 milhão de pessoas em todo o mundo e deixam mais de 50 milhões de sequelados.

No Brasil, esse problema acumula números de guerra e chegou a matar mais de quarenta mil pessoas por ano. Segundo levantamento do Observatório Nacional de Segurança Viária, além de tantas mortes, é possível que haja

ainda um número de aproximadamente 400 mil pessoas que tenham sofrido sequelas decorrentes de acidentes de trânsito. Também estima esse estudo que 60% dos leitos do SUS se encontram ocupados por acidentados (PERES, 2019).

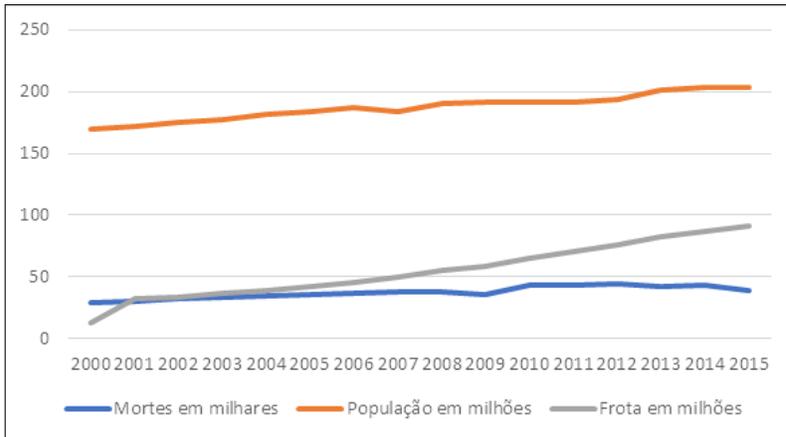


Gráfico 2. Número de mortes no trânsito no Brasil

Fonte: Observatório Nacional de Segurança Viária (2020).

No gráfico acima, pode-se perceber uma tímida tendência de redução, chegando-se a reduzir entre 2010 e 2016 um percentual em torno de 10% no número de mortes, o que é positivo, porém, bastante distante de um cenário aceitável.

O governo brasileiro chegou a assumir o compromisso de, nesta década de ações propostas pela OMS, reduzir pela metade o número de mortes no trânsito (O TEMPO, 2015), porém os resultados alcançados longe ficaram da meta traçada (BRASIL PROMETEU REDUZIR MORTES NO TRÂNSITO PELA METADE. E NÃO CUMPRIU., 2020).

Conforme mencionado na introdução, estudos do IPEA atualizados neste ano de 2020 indicam que os custos hos-

pitalares com acidentes de trânsito orbitam anualmente os 10 bilhões de reais⁴ (8,48 bilhões para acidentes ocorridos em rodovias e 2,52 bilhões para acidentes urbanos), ou seja, considerando a grande incidência dos eventos (elevado número de acidentes de trânsito), e o alto custo que eles representam (elevada despesa com tratamentos), é inegável se tratar de um problema de saúde pública que merece a atenção destacada.

Porém, é preciso que se diga que esse problema (de saúde pública) apresenta uma característica que nos parece ser a mesma de outros tantos problemas que ocorrem quando se exercita um amplo olhar sobre a saúde: trata-se de um fenômeno cuja prevenção, fiscalização e repressão não tem cabido tradicionalmente ao Sistema Único de Saúde. Nesse caso, essas atividades ficam tradicionalmente a cargo de outros órgãos governamentais, a saber, os que compõem o Sistema Nacional de Trânsito.

Esse fato finda por exigir de forma mais enfática do Estado a destreza de conduzir as políticas públicas com o olhar transdisciplinar, ou seja, sob o prisma do princípio da integralidade. É preciso que as ações estatais dialoguem entre si e se encontrem harmonicamente, como duas engrenagens que se encaixam perfeitamente, fazendo a grande máquina funcionar.

⁴ O IPEA adverte que a simples soma dos valores apurados referentes às despesas em rodovias e dos valores das despesas de acidentes urbanos não podem ser simplesmente somados para que se tenha o valor global no país do custos dos acidentes de trânsito, pois, pela metodologia utilizada, seria possível que esse recurso conduzisse a uma contagem em duplicidade (CARLOS HENRIQUE RIBEIRO DE CARVALHO, 2020). Porém, a cifra de 10 milhões é meramente referencial para embasar o debate proposto, pois denota a importância dessa despesa para o orçamento do sus.

Assim como a violência urbana mencionada alhures, os acidentes de trânsito precisam ser encarados considerando as complexidades que eles encerram, exigindo vários olhares e abordagens, aglutinação de saberes e práticas na construção integrada de soluções. A ação intersetorial surge como uma nova possibilidade de resolução de problemas sociais, buscando aperfeiçoar recursos e soluções integradas. (MALTA et al, 2007. p. 47).

Essa intersetorialidade ecoa no ideário de promoção da saúde no pós-constituição de 88. É uma “imagem-objetivo” de um serviço de saúde orientado por uma visão sanitária que leva em conta as múltiplas causas do adoecimento, sem olvidar valores éticos de democratização, de estímulo à participação social e equidade e de promoção da sustentabilidade, a partir de ações intersetoriais (AZEVEDO et. Al, 2012. p. 1.335).

Não obstante a clareza e lógica da necessidade dessa abordagem, não parece ser essa a cena vista no país no tocante aos acidentes de trânsito, embora se tenha pontualmente verificado experiências positivas de intersetorialidade nessa temática.

Cite-se, como exemplo, a articulação do Ministério da Saúde com outros ministérios no monitoramento das causas de morbimortalidade no trânsito que conseguiu redução de 23% das internações por acidentes de trânsito em 2008 e que reduziu em 22,5% as mortes no trânsito entre 2007 e 2008 (AZEVEDO et. Al, 2012. p. 1.344)

Mesmo diante dessas ilhas de êxito, a ação intersetorial não é uma realidade pujante no Brasil. Ainda se tem perce-

bido grandes barreiras relacionadas às disputas políticas e partidárias, à cultura institucional, à burocracia e, entre outras razões, à descontinuidade nas ações e desencontros entre os diversos setores da gestão pública, notadamente do Ministério da Saúde e do Departamento Nacional de Trânsito (AZEVEDO et. Al, 2012. p. 1.344).

Um outro fator importante ainda resta mencionar. É que com a promulgação da Lei No. 9.507 de 23 de setembro de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), restou estabelecido que os municípios passariam a reunir competências para fiscalizar, operar e organizar o trânsito local.

Implementou-se o que se convencionou chamar de “municipalização do trânsito”, passando a competir a cada município a instituição de seus departamentos municipais, com as respectivas estruturas administrativas e de pessoal. Ao criar seus próprios órgãos, os municípios passariam a integrar o Sistema Nacional de Trânsito, na forma do art. 5º do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997). Enquanto não o fizesse, o município teria seu trânsito fiscalizado pelo órgão estadual, conforme sugere a redação do art. 22 do CTB.

Importante registrar que o CTB não estabeleceu qualquer sanção ou prazo para que os municípios aderissem ao Sistema Nacional de Trânsito. Resultado disso é que, passados mais de 20 anos da promulgação do CTB, dos 5.570 municípios brasileiros, apenas 1.702 aderiram ao Sistema Nacional de Trânsito, criando seus próprios órgãos (BRASIL, 2020).

Esses dados permitem a conclusão de que, em aproximadamente 70% dos municípios brasileiros, a organização, fiscalização e educação para o trânsito dependem unica-

mente das ações do estado-membro, e não dos municípios, já que inexistentes departamentos municipais de trânsito. Esse quadro sugere não somente uma atuação deficitária no gerenciamento e fiscalização do trânsito (BAVOSO, 2014), mas uma enorme dificuldade de diálogo dessas instâncias com as unidades municipais componentes do Sistema de Saúde, responsáveis pela execução da política, sobretudo, de vigilância epidemiológica.

Assim, se já nos parecia possível a atuação da vigilância epidemiológica em questões relativas à prevenção dos acidentes de trânsito a partir da mais simples leitura do art. 6º, §2º da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990), e com os olhos postos no princípio da integralidade, o cenário de ausência de órgãos municipais de trânsito na imensa maioria dos municípios brasileiro parece não só autorizar, como suplicar que os órgãos de saúde, notadamente a vigilância epidemiológica, atue nesse vácuo administrativo, num bom e salutar exercício de intersetorialidade, adotando medidas, sobretudo, de prevenção dessas causas de mortalidade.

3 FUNDO NACIONAL DE SEGURANÇA E EDUCAÇÃO NO TRÂNSITO (FUNSET): RECURSOS EM FAVOR DA SAÚDE.

Com o advento da Lei 9.503/97 (BRASIL, 1997) não se descurou o legislador de pensar numa fonte de recursos destinados à promoção da educação e da segurança no trânsito, pelo que criou no art. 320, §1º um fundo especial para tal finalidade, formado pela arrecadação do valor de 5% de todas as multas de trânsito incidentes no território nacional. Posteriormente, a Lei 9.602/98 (BRASIL, 1998) passou

também a contemplar como recursos para esse fundo outras fontes de receita, como dotações orçamentárias específicas, o produto de juros e atualização monetária decorrentes da aplicação de valores desse fundo etc. Esse fundo denominou-se FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação no Trânsito) e tem sua gestão conferida ao Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) e regulada pelo Decreto Federal No. 2.613/98 (BRASIL, 1998).

É importante observar que, em que pese a gravidade do que representam os acidentes de trânsito no Brasil e os impactos sociais e financeiros que eles causam, histórica e paradoxalmente verifica-se que os recursos do FUNSET têm sido não somente superavitários como, quase, intocados, numa política de contingenciamento de recursos para a promoção de superávits primários (ALVES, 2014. p. 11).

Este estado de coisas revela a grave contradição de um país no qual morrem 40.000 pessoas por ano em acidentes de trânsito e, ao mesmo tempo, mantém fundo que reúne recursos para educação e segurança no trânsito quase que “imexível” – parafraseando o neologismo dito alhures. Esse fato, dentre outras questões, permite levantar dúvidas sobre se realmente estão (ou já estiveram) os acidentes de trânsito na agenda política brasileira como uma situação prioritária (ALVES, 2014).

Pode-se ainda aprofundar o debate e indagar se o olhar dos gestores sobre a questão dos acidentes de trânsito já foi realmente alcançada pelo princípio da integralidade e por uma visão mais ampla de direito a saúde.

Levantamento realizado pela Confederação Nacional dos Transportes (2019) demonstra que no período de 2005 a 2019, a arrecadação de recursos destinados ao FUNSET cresceu vertiginosamente (em torno de 225%), porém, o gasto desses recursos não experimentou, nem de longe, tal evolução, ao contrário, tende à diminuição. Eis outro paradoxo orçamentário.

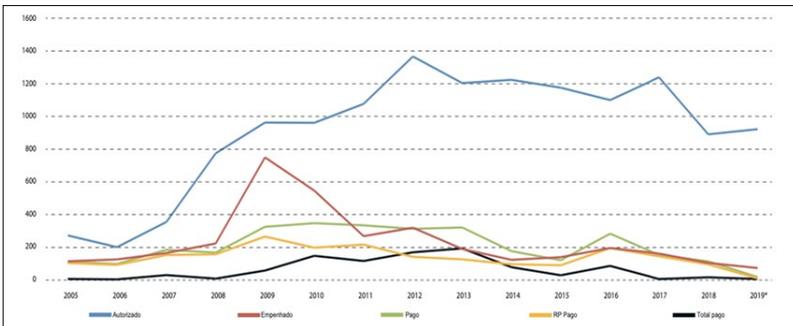


Gráfico 3. Recursos do FUNSET no período 2005 a 2019.

Fonte: Confederação Nacional dos Transportes – CNT.

É preciso o registro de que o Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) elenca como um dos objetivos básicos do SNT o estabelecimento de diretrizes para a educação para o trânsito (art. 6º, I do CTB). Esse registro se faz importante não somente para evidenciar o paradoxo estampado no gráfico acima, mas para suscitar duas reflexões que podem lançar luzes ao debate proposto neste artigo.

A primeira reflexão é que, ao estabelecer como objetivo básico do SNT o disciplinamento sobre a temática da educação para o trânsito, o legislador elege esse meio como sendo um caminho à segurança viária. Ou seja, é dizer que

a educação para o trânsito deve ocupar importante papel dentro do contexto da prevenção dos acidentes de trânsito, devendo, inclusive, ser objeto de políticas públicas, para ser promovida desde a pré-escola ao ensino superior, por meio de planejamento e ações integradas entre os diversos órgãos do SNT e do Sistema Nacional de Educação (BAVOSO, 2014. p. 65).

Por oportuno e salutar ao debate, cumpre-nos rápida digressão para chamar a atenção para as conclusões de Pavarino Filho (2009) ao discutir os efeitos da educação para a prevenção de acidentes. É que quando da emissão de seu relatório sobre a violência no trânsito em 2004, a Organização Mundial de Saúde não destinou muita atenção à educação como medida eficaz à prevenção de acidentes, o que gerou repercussão em todo o mundo (PAVARINO FILHO, 2009).

O alerta é para o fato de que, para que possa surtir efeitos, a educação para o trânsito precisa estar assentada em premissas diferentes das que hoje se vê. É preciso abolir a ideia de uma educação que deseje prevenir as imprudências, realinhando comportamentos, uma vez que, essa abordagem – comum nos programas de educação no trânsito que existem – parte da premissa que os acidentes de trânsito efluem sempre (ou quase sempre) do “fator humano”.

É preciso que se estabeleça uma educação fundada na necessidade de segurança viária; mas isso só será possível a partir da conscientização das pessoas sobre seus deslocamentos, como uma dinâmica condicionada à forma com que as prioridades são estabelecidas e como os espaços são estruturados – aspectos que remetem, invariavelmen-

te, à discussão dos processos democráticos, às políticas de transportes e à natureza da ocupação dos espaços públicos. Nesta visão, a ação preventiva pressupõe reflexão diante das informações e reclama o entendimento da razão de ser das normas para que sejam legitimadas, ou seja: internalizadas e aceitas por nelas se identificar um sentido. Prima-se, em suma, por posicionamentos críticos e mudanças de comportamento a partir de mudanças de “atitudes”. (PARAVINO FILHO, 2009 p. 381)

Essa reflexão traz importantes contribuições para a qualidade da educação para o trânsito, utilizando como premissa teórica as discussões da saúde pública sobre educação e promoção. A perspectiva da necessidade de “promoção” da saúde, embora não abandone o aspecto da educação, não se limita a ela, mas vai além, com a adoção de ações efetivas, concretas, para evitar os eventos danosos a saúde (PAVARI-NO FILHO, 2009).

Assim, na perspectiva constitucional da promoção da saúde – e sendo o trânsito uma questão de saúde pública – não bastaria educar a população usuária de motocicletas a usar o capacete, por exemplo, mas distribuir capacetes à população⁵.

Outra reflexão importante que a leitura do art. 6º, I do CTB nos sugere é a de que a competência do Sistema Nacional de Trânsito se restringe ao estabelecimento de diretrizes da Política Nacional de Trânsito no que tange a educação.

⁵ A título de exemplo, citamos o Município de Sobral, no Estado do Ceará que, em iniciativa conjunta com o Consórcio Público de Saúde o qual integra, desenvolveu ações de distribuição de capacetes a motociclistas, com vistas a reduzir o número de acidentes graves envolvendo motocicletas (PREFEITURA DE SOBRAL, 2019).

O texto legal não estabelece a competência exclusiva para a execução e/ou efetivação das ações de educação para o trânsito ao Sistema Nacional de Trânsito.

Ao contrário disso, o art. 74 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) estabelece clara e textualmente que, para os fins de promoção da educação para o trânsito, dever prioritário dos órgãos componentes do SNT, poderão os órgãos de trânsito firmar convênios para fazer funcionar escolas públicas de trânsito (art. 74, parágrafo segundo do CTB).

É dizer que o SNT tem competência para ditar as diretrizes, porém a execução das ações de educação podem ser realizadas por quaisquer outros órgãos de Estado, sejam aqueles ligados à saúde, seja aqueles ligados estritamente à educação, ou mesmo ligados ao SNT, desde que devidamente conveniados.

O Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 78 ainda assevera que os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desporto, do Trabalho, dos Transportes e da Justiça, por intermédio do CONTRAN, desenvolverão e implementarão programas destinados à prevenção de acidentes (BRASIL, 1997).

Ora, a interpretação desses dispositivos permite seja aberto um leque de possibilidades de atuação do Estado nas ações de promoção da saúde no trânsito, eis que, se por um lado a estrutura administrativa do Sistema Nacional de Trânsito se revela deficitária, já que a grande maioria dos municípios brasileiros não municipalizaram seu trânsito, por outro lado, a estrutura do sistema de saúde é extremamente capilarizada e conta com recursos de alta penetração social, como, por exemplo, os agentes de saúde.

Programas de promoção à saúde no trânsito, sejam de cunho meramente educativos, sejam de cunho promocional – assim entendidas as ações estatais efetivas no sentido de atuar junto a causas de acidentes – podem ser, portanto, perfeitamente executadas pelos órgãos componentes do Sistema Único de Saúde. Inclusive, a adoção de medidas deste jaez devem ser incentivadas por materializarem exatamente o olhar multidisciplinar que a gestão pública precisa assumir.

Importante ainda percebermos que os recursos do FUNSET, como fundo especial – assim qualificado na forma do art. 71 da Lei 4.320/64 (BRASIL, 1964) – devem ser utilizados somente com despesas que guardem respeito à finalidade de sua instituição que, no caso, é a “segurança e educação no trânsito” (art. 320, §1º CTB)

O Decreto 2.613/98, ao disciplinar as hipóteses de aplicação do FUNSET, estabeleceu claramente no inciso VII do seu art. 4º que ele poderá ser aplicado para “*elaborar e implementar programas de educação no trânsito*”. Explicita ainda em seu artigo 1º, combinado com o art. 4º, §1º que os recursos do FUNSET deverão servir ao custeio das atividades de operacionalização da educação no trânsito, assim entendidas as ações de “*planejamento, manutenção, execução, organização, aperfeiçoamento e avaliação do Sistema Nacional de Trânsito*” (BRASIL, 1998). Nenhuma limitação, pois, contemplou o decreto no sentido de restringir a execução do fundo aos órgãos do SNT.

Não há, pois, qualquer impedimento legal para que os órgãos do sistema de saúde desenvolvam projetos de educa-

ção, prevenção e promoção de saúde no trânsito, bem como possam ter plenamente acesso aos recursos do FUNSET.

Observe-se que no ano de 2019, o FUNSET deteve orçamento de aproximadamente 12% do valor gasto no mesmo ano pelo Governo Federal com vigilância epidemiológica (BRASIL, 2019).

A utilização desses recursos em projetos encabeçados pela vigilância epidemiológica dos municípios poderia amplificar a capilaridade das ações de educação, prevenção e promoção da saúde no trânsito – com a atuação de agentes de saúde diretamente na residência dos condutores, por exemplo – e atuar diretamente na redução dos danos causados pelos acidentes de trânsito. Seria uma importante injeção de recursos nessas atividades: um drible de ouro à malsinada municipalização do trânsito!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção do direito fundamental à saúde exige percepção sofisticada dos fenômenos sociais. Não é possível promover saúde na concepção ordenada pelo texto constitucional sem o exercício de um olhar intersetorial, sob pena de incorrer numa concepção de um sistema de atenção à saúde eminentemente curativista, que tenha como foco o tratamento da doença e não a promoção da saúde. Isso seria exatamente a antítese de um direito à saúde que se pautar pelo princípio da integralidade.

Esse olhar plural precisa permear, por óbvio, não somente os órgãos que compõem o sistema de saúde, mas todos os órgãos que compõem a Administração Pública. É preciso um

olhar unificado, um caminho de mão dupla: se é necessário que o SUS veja o problema dos acidentes de Trânsito como um problema de saúde, não menos necessário é que os órgãos de trânsito também vejam os acidentes como problemas de saúde, e não só como problemas de tráfego.

A política pública será tão eficaz quanto for essa capacidade de contemplar na sua atuação esses fatores intersetoriais.

Já se consegue ver um importante movimento no âmbito da saúde pública no sentido de se exercitar esse olhar múltiplo. O princípio da integralidade que informa a principal política pública de promoção do direito fundamental a saúde no Brasil – SUS – impõe a adoção de um modelo público de promoção da saúde no âmbito do qual devem prevalecer as ações de prevenção (atenção básica). Portanto, promover a saúde não deve ser somente tratar a doença, levar a cura às pessoas. É necessário prevenir as mazelas, minimizar riscos, interferir no meio ambiente, chegar junto às pessoas, educar, conscientizar, enfim, atuar ativamente junto às causas do adoecimento e dos agravos: priorizar a atenção primária de saúde. Essa atuação exige invariavelmente esse olhar multidisciplinar, intersetorial.

A análise dos dados orçamentários realizada nesta pesquisa permite constatar uma postura política desalinhada com a estrutura constitucional do sistema de saúde, notadamente com o princípio da integralidade: uma prevalência de investimentos em ações curativas, em detrimento da atenção primária. Não obstante a escassez de recursos do SUS, o quadro analisado sugere que os problemas talvez não

advenham somente da falta de dinheiro, mas da ausência de prioridade política em atenção básica.

A adequada compreensão e aplicação do princípio da integralidade afigura-se como um importante caminho para a busca de soluções criativas e inovadoras para dar respostas eficazes aos problemas de saúde.

É possível contornar as dificuldades do cotidiano com destreza e com o acultramento de uma percepção holística na visão do gestor de políticas públicas, articulando saberes e experiências nas diversas fases das políticas públicas (planejamento, execução e avaliação) para alcançar uma combinação harmônica de esforços diante da complexidade das situações com vistas a um resultado de interesse social. A intersectorialidade pressupõe uma ideia de integração que transcende as ações isoladas de um único setor social, com vistas a uma nova abordagem dos problemas sociais (MALTA et al, 2007).

A integração efetiva, para além dos textos legais, entre os setores de trânsito e saúde é tão necessária quanto desejada e pode render frutos importantes na redução da mortalidade no trânsito.

Ao Sistema Nacional de Trânsito cabe precipuamente as ações de prevenção, educação e fiscalização no trânsito, contudo, apresenta estrutura deficitária, eis que conta apenas com a adesão de menos de um terço dos municípios brasileiros. Doutra banda, o Sistema de Saúde se apresenta com uma arquitetura muito melhor estruturada, ramificada por todos os municípios do país, gozando uma grande capilaridade entre a população.

A articulação entre esses setores, por certo, tem grande potencial para amplificar o alcance das ações de prevenção e educação, na medida em que essas ações sejam executadas pelos órgãos de saúde. Campanhas, programas, ações dentre outras iniciativas, poderiam alcançar um sem número de pessoas se executadas por recursos logísticos do SUS como, os agentes de saúde, os Centros de Saúde da Família, os agentes comunitários dentre outras tantas possibilidades.

É possível contornar, também, dificuldades orçamentárias. Sobram recursos do FUNSET que se acumulam anualmente, gerando um superávit que não se sabe bem a quem serve (ou talvez se saiba...).

É plenamente possível que esses recursos sejam aplicados em ações de educação e prevenção de acidentes, inclusive se executados pelos órgãos de saúde, pois, a despeito de não serem executados por um órgão do SNT, nenhum desvirtuamento haveria quanto à finalidade do recurso.

Esses programas de educação e prevenção de acidentes podem ser, sem maiores dificuldades, não somente executados pela vigilância epidemiológica dos municípios e outros recursos (agentes de saúde, agentes comunitários etc.), como também financiados pelos recursos do FUNSET. Não há óbice algum a isso.

A adoção dessa prática proposta nesta pesquisa nada mais se afigura como o adequado exercício do princípio da integralidade, que nos deve constantemente inspirar a pensar os problemas de saúde de forma ampla e atenta às peculiaridades de cada realidade.

De fato, o princípio da integralidade pode ser entendido como uma importante ferramenta para desbravar caminhos de melhor consecução ao direito fundamental à a saúde. As diversas situações e contextos sociais que se modificam ao longo do tempo exigem, quer do gestor, quer do jurista, o permanente exercício da identificação das formas mais eficazes de atendimento a esse direito de cidadania. É preciso sempre procurar caminhos novos, redirecionar caminhos antigos, adentrar por veredas nunca dantes decorridas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, N. Os acidentes e mortes no trânsito causados pelo consumo de álcool: um problema de saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 15, n. 2, p. 108-125, 6 jan. 2015.

ALVES, Everaldo Valenga. **A agenda governamental brasileira e a década de ações pelo trânsito seguro**. 2014. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Gestão Pública, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1960>. Acesso em: 25 set. 2020.

AZEVEDO, Elaine de; PELICIONI, Maria Cecília Focesi; WESTPHAL, Marcia Faria. Práticas intersetoriais nas políticas públicas de promoção de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 22, n. 4, p. 1333-1356, 2012 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000400005&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Sept. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312012000400005>.

BAVOSO, Natália Couto. **O sistema nacional de trânsito e os municípios e pequeno porte**. 2014. 102 f. Dissertação

(Mestrado) - Curso de Mestrado em Geotecnia e Transportes, Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-9RVGE4>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL PROMETEU REDUZIR MORTES NO TRÂNSITO PELA METADE. E NÃO CUMPRIU.. São Paulo: Abril, 06 maio 2020. Mensal. Por Daniel Teles. Disponível em: <https://quatorrodas.abril.com.br/noticias/brasil-prometeu-reduzir-mortes-no-transito-pela-metade-e-nao-cumpriu/>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Congresso. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.. Brasília: Diário Oficial da União, 23 mar. 1964.

BRASIL. Congresso. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 20 set. 1990.

BRASIL. Congresso. Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 24 set. 1997.

BRASIL. Congresso. Lei Federal nº 9.602, de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre legislação de trânsito e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 22 jan. 1998.

BRASIL. Decreto Federal nº 2.613, de 03 de junho de 1998. Regulamenta o art. 4º da Lei nº 9.602, de 21 de janeiro de 1998, que trata do Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito - FUNSET, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 04 jun. 1998.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Municipalização - DENATRAN. 2020. Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/municipalizacao.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Estudo aponta que mais de 50% dos acidentes de trânsito são causados por falhas humanas. 2018. Divulgado por Assessoria de Comunicação. Disponível em: [http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/7999-estudo-aponta-que-mais-de-50-dos-acidentes-de-tr%C3%A2nsito-s%C3%A3o-causados-por-falhas-humanas.html#:~:text=Segundo%20dados%20de%20um%20estudo,condutor%20\(23%2C4%25\)](http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/7999-estudo-aponta-que-mais-de-50-dos-acidentes-de-tr%C3%A2nsito-s%C3%A3o-causados-por-falhas-humanas.html#:~:text=Segundo%20dados%20de%20um%20estudo,condutor%20(23%2C4%25)). Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Portal da Transparência. Controladoria Geral da União. 2019. Disponível em: <https://portaldatransparencia.cgu.gov.br/orgaos/56901?ano=2019>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CARLOS HENRIQUE RIBEIRO DE CARVALHO (Brasília). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custos dos acidentes de trânsito no Brasil**:: estimativa simplificada com base na atualização das pesquisas do ipea sobre custos de acidentes nos aglomerados urbanos e rodovias.. Estimativa simplificada com base na atualização das pesquisas do IPEA sobre custos de acidentes nos aglomerados urbanos e rodovias.. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2565.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT. **Funset**:: por que remediar se podemos prevenir?. **Economia em Foco**. Brasil, p. 123-132. 28 nov. 2019. Disponível em: https://repositorio.itl.org.br/jspui/bitstream/123456789/377/1/Economia%20em%20Foco_2019_11%20-%20Funset%20-%20por%20que%20remediar%20se%20podemos%20prevenir.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

FERREIRA, Antonio Alberto de Medeiros; SOUZA, Luciane Zanin de; FLORIO, Flávia Martão. Aspectos epidemiológicos e deontológicos da mortalidade no trânsito em Roraima. **Rev. Bioét.**, Brasília , v. 28, n. 1, p. 156-165, Mar. 2020 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422020000100156&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Sept. 2020. Epub Mar 30, 2020. <https://doi.org/10.1590/1983-80422020281378>.

FOLHA informativa: Acidentes de trânsito. 2019. Elaborada por Organização Pan-Americana de Saúde. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5147:acidentes-de-transito-folha-informativa&Itemid=779. Acesso em: 20 jul. 2020.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 368 p.

FUNCIA, Francisco Rózsa. Subfinanciamento e orçamento federal do SUS: referências preliminares para a alocação adicional de recursos. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 24, n. 12, p. 4405-4415, dez. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182412.25892019>.

HONORATO, Cássio Mattos. Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão. **RT** 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

MALTA, Deborah Carvalho et al . Iniciativas de vigilância e prevenção de acidentes e violências no contexto do Sistema Único de Saúde (SUS). **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília , v. 16, n. 1, p. 45-55, mar. 2007 . Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742007000100005&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742007000100005>.

MARQUES, Rosa Maria. NOTAS EXPLORATÓRIAS SOBRE AS RAZÕES DO SUBFINANCIAMENTO ESTRUTURAL DO SUS. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, v. 49, p. 35-53, 2017. Jul./dez.. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MASSAÚ, G., & ROSA, R. (2016). Acidentes de trânsito e direito à saúde: prevenção de vidas e economia pública. **Revista De Direito Sanitário**, 17(2), 30-47. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p30-47>

MATTOS, Ruben Araújo de. Os Sentidos da Integralidade:: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo de (org.). **Os Sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. 8. ed. Rio de Janeiro: Cepesc/ims/users/abrasco, 2009. p. 43-68.

MELLO JORGE, Maria Helena P. de; LATORRE, Maria Rosário D. O.. Acidentes de trânsito no Brasil: dados e tendências. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro , v. 10, supl. 1, p. S19-S44, 1994 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1994000500003&lng=en&nrm=iso>. access on 20 July 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X1994000500003>.

MONTERO, Gonzalo. Mortalidad por accidentes de tránsito: su determinación social. Distrito Metropolitano de Quito, 2013. **Rev. Cienc. Salud**, Bogotá , v. 18, n. spe, p. 174-193, Dec. 2020 . Available from <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-72732020000400174&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/revsalud/a.9134>.

O TEMPO: Brasil assume meta ousada de reduzir mortes no trânsito em 50%. Belo Horizonte, 20 nov. 2015. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/brasil-assume-meta-ousada-de-reduzir-mortes-no-transito-em-50-1.1174883>. Acesso em: 25 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (Geneva). **Global status report on road safety.** France, 2018. 424 p. Disponível em: https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2018/en/. Acesso em: 20 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (Geneva). KRUG, Etienne G. *et al* (ed.). **Relatório mundial sobre violência e saúde.** Geneva: 2002. 380 p. Disponível em: <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020

PAIM, Jairnilson Silva. Modelos de Atenção à Saúde no Brasil. In: GIOVANELLA, Lígia *et al* (org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017. Cap. 15. p. 459-491.

PAVARINO FILHO, Roberto Victor. Morbimortalidade no trânsito: limitações dos processos educativos e contribuições do paradigma da promoção da saúde ao contexto brasileiro. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 18, n. 4, p. 375-384, dez. 2009. Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742009000400007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742009000400007>.

PERES, Ana Cláudia. Velozes e Vulneráveis: responsável por mais mortes que doenças cardíacas, câncer de pulmão, hiv e diabetes mellitus no mundo, trânsito mata 40 mil brasileiros a cada ano e exige atenção intersetorial. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 16-26, fev. 2019. Disponível em: <https://radis.ensp>.

fiocruz.br/phocadownload/revista/Radis197_web.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

PINHEIRO, Roseni. As práticas do cotidiano na Relação Oferta e Demanda dos Serviços de saúde:: um campo de estudo e construção da integralidade. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo de (org.). **Os Sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. 8. ed. Rio de Janeiro: Cepesc/ims/uers/abrasco, 2009. p. 69-116.

PINHEIRO, Roseni. Integralidade em saúde. In: ISABEL BRASIL PEREIRA (org.). **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 255-262.

PREFEITURA DE SOBRAL. **Trânsito Seguro**: Prefeitura de Sobral dá início a distribuição de 1000 capacetes nos maiores distritos do município. 2019. Disponível em: <http://www.sobral.ce.gov.br/informes/principais/transito-seguro-prefeitura-de-sobral-da-inicio-a-distribuicao-de-1000-capacetes-nos-maiores-distritos-do-municipio>. Acesso em: 20 jul. 2020.

RIOS, Polianna Alves Andrade et al . Fatores associados a acidentes de trânsito entre condutores de veículos: achados de um estudo de base populacional. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 25, n. 3, p. 943-955, Mar. 2020 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000300943&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Sept. 2020. Epub Mar 06, 2020. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020253.1192201>

SANTOS NETO, João Alves dos; MENDES, Áquilas Nogueira; PEREIRA, Antônio Carlos; PARANHOS, Luiz Renato. Análise do financiamento e gasto do Sistema Único de Saúde dos municípios da região de saúde Rota dos Bandeirantes do estado

de São Paulo, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 22, n. 4, p. 1269-1280, abr. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017224.28452016>.

SANTOS, Jair Lício Ferreira; WESTPHAL, Marcia Faria. Práticas emergentes de um novo paradigma de saúde: o papel da universidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 71-88, Apr. 1999. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 20 July 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-40141999000100007>.

SIQUEIRA, Márcia Portugal; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A SAÚDE NO BRASIL ENQUANTO DIREITO DE CIDADANIA:: uma dimensão da integralidade regulada. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 8, p. 253-309, 23 jun. 2010. Semanal.

SOARES, Adilson. **O subfinanciamento da saúde no Brasil: uma política de estado**. 2014. 202 f. Tese (Doutorado) - Curso de Faculdade de Ciências Médicas, Saúde Coletiva, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/312960>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SOUZA, Edinilsa Ramos de; MINAYO, Maria Cecília de Souza; FRANCO, Letícia Gastão. Avaliação do processo de implantação e implementação do Programa de Redução da Morbimortalidade por Acidentes de Trânsito. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 19-31, mar. 2007. Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742007000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742007000100003>.

O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO GLOBAL FACE À PANDEMIA DA COVID-19 SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹

Ana Paula Marques Timbó Braga²

INTRODUÇÃO

A saúde é um bem e um direito indisponível, de ordem fundamental e com características universais. Trata-se de uma questão que transcende as fronteiras dos países e envolve muito mais situações que a ausência de doenças. O meio ambiente natural, do trabalho, cultural e social são diretamente ligados a esse direito fundamental, além de fatores econômicos e culturais.

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 Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Coordenadora do BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: elda.cab@gmail.com

² Doutoranda em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão (FLF), em Sobral, e da Faculdade Princesa do Oeste (FPO), em Crateús. Procuradora Jurídica do Instituto de Apoio ao Desenvolvimento da UVA (IADE). Advogada OAB/CE 21.657. E-mail: anapaulamarquess.adv@gmail.com

Percebe-se a complexidade do tema ao se analisar a atual pandemia da COVID-19, que ultrapassou fronteiras e cujos resultados divergem em cada país, a depender não somente das medidas adotadas pelos governos, mas também de aspectos referentes à cultura e à educação do seu povo.

As notícias mais aguardadas pela população mundial referiam-se à descoberta de um imunizante que pudesse amenizar os efeitos da doença provocada pelo Coronavírus. Assim, os Estados passaram a discutir, em documentos internacionais e legislação interna, questões referentes a como se daria o acesso à vacina criada pela indústria farmacêutica, ou seja, como o Estado deverá se portar em caso de patente de invenção referente a essa imunização.

Ressurge, portanto, discussões relativas ao chamado licenciamento compulsório, comumente conhecido por quebra de patente. Trata-se de um exemplo prático de aplicação das características atuais do Estado, em que se reconhece a autonomia privada dos seres humanos, mas com uma intervenção estatal reguladora.

Nesse sentido, o presente trabalho busca realizar uma análise entre a licença compulsória ou obrigatória de patentes como forma de dar eficácia ao Direito Fundamental à Saúde, no contexto específico do acesso a medicamentos *lato sensu*.

Tendo como principais premissas a saúde como direito fundamental e, por conseguinte, a função social da propriedade industrial, essa pesquisa pretende analisar a licença compulsória ou obrigatória de patentes na hipótese de desenvolvimento de vacina visando à prevenção contra

a COVID-19 a partir das contribuições acerca da concepção de justiça distributiva de John Rawls e Perelman.

O último capítulo trata especificamente da possibilidade de quebra da patente, em resposta ao princípio da função social da propriedade, subsidiado não somente na Constituição Federal, mas também em tratados internacionais sobre o tema, com enfoque em discussões atuais sobre o comportamento dos Estados e das instituições internacionais diante da descoberta da vacina contra o Coronavírus.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A TEORIA DA JUSTIÇA

Uma das maiores dificuldades do Direito é sua aplicação homogênea com o conceito de Justiça. Tanto é que André Franco Montoro (2016) compreende que justiça é apenas uma das acepções da palavra Direito. Afinal, como estabelecer o que seria justo, diante de uma situação concreta, mostra-se um dos problemas mais complexos que enfrenta a ciência jurídica.

Determinados autores entendem que a análise do conceito de “justiça” deve pautar-se pela análise da lei positiva, ou seja, sem atentar-se a valores ou às causas do surgimento das normas (KELSEN, 1998). Outros autores, apresentando uma evolução neste pensamento e aliando-se a vertentes jusnaturalistas, entendem que o conceito de justiça deverá ser analisado sob o prisma do indivíduo, seja através de procedimentos discursivos, em função da razão comunicativa (HABERMAS, 1997), ou na tentativa de se chegar a um conceito de justiça formal ou abstrata, em fórmulas fixas de

concepção vinculadas à igualdade (PERELMAN, 2005) ou, ainda, sob o prisma de uma justiça social (RAWLS, 2003).

Dentre esses autores, destacam-se Chaïm Perelman e John Rawls, que elaboram uma perspectiva concreta na aplicação do conceito de justiça, possibilitando a defesa do que se entende como função social da propriedade para proteção ao Direito Fundamental à Saúde, em uma visão teórica de defesa do licenciamento compulsório de medicamentos.

Para John Rawls, a igualdade somente pode ser atingida se todos os membros da sociedade obtiverem vantagem. Sua teoria da justiça baseia-se no contrato social, assim como em Hobbes, Rousseau e Kant. Por essa aceção, o ser humano não é obrigado a viver em sociedade, mas, se o fizer, deverá seguir as regras acordadas pelo grupo, presumindo-se que possui a capacidade de julgar com justiça e escolher o bem (RAWLS, 1989, p. 37).

Para Rawls, justiça não é somente a distribuição igualitária entre os indivíduos, mas também a possibilidade de admitir distribuição desigual, segundo as necessidades dos membros da sociedade, seguindo os ensinamentos de equidade de Aristóteles.

Sua teoria surge em plena crise do Estado de Bem Estar-Social, defendendo uma noção de justiça que interfere na liberdade individual, centrando sua concepção de justiça para uma democracia constitucional. Nesse aspecto, tem-se que analisar que colocar o bem-estar da sociedade em primeiro lugar não significa que a liberdade individual deve ser negado, nem tampouco “[...] permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número

maior de vantagens de que desfrutam muitos.” (RAWLS, 2000, p. 4) Destarte, não há negociação com relação aos direitos garantidos pela justiça, são virtudes da própria atividade humana.

Nessa temática, a teoria de Rawls justifica uma discriminação positiva de determinados membros da sociedade que se encontram em uma situação de vulnerabilidade social, contanto que satisfaça duas condições, quais sejam, vinculação a cargos e posições acessíveis a todos, que estejam no mesmo patamar de igualdade de oportunidades, e deve auxiliar aqueles menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2003, p. 60).

Já Chaïm Perelman (1996) descreve e analisa essa mesma questão. O pensador sintetiza a concepção de justiça no sentido de que significa dar a cada qual a mesma coisa, segundo: seus méritos, suas obras, necessidades, posição e o que a lei lhe atribui. Por isso, coloca:

A escolha de qualquer um desses princípios fará que situações que pareceriam essencialmente semelhantes a um parecerão diferentes a outros. As diferenças de sexo, de idade ou de raça, deverão ser levadas em consideração quando se trata de determinar o salário justo? Cumprirá ou não levar em conta os encargos familiares? Ou a produtividade? Vê-se imediatamente que podem surgir controvérsias a esse respeito, e que a solução adotada, ainda que em dado contexto possa ter nossas preferências e parecer razoável, não é necessariamente a única solução que se impõe como justa de um modo indiscutível. (PERELMAN, 1996, p. 250)

Esses critérios constituem valores diferentes advindos do conceito de justiça formal ou abstrata. Esse conceito de justiça

pode ser apresentado como um “princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, 1996, p.19)

No mais, as fórmulas de justiça concreta procuram indicar de que maneira devem ser tratados os seres de uma mesma categoria (PERELMAN, 1996, p.19).

O desacordo, segundo Perelman, surge em como agrupar os seres em alguma categoria essencial. As fórmulas propõem um denominador comum, levando-se em consideração uma característica diferente.

A primeira fórmula acima descrita é a de noção de justiça como dar a cada qual a mesma coisa. Ela é considerada por Perelman como “a única concepção puramente igualitária”, em que “todos os seres aos quais se deseja aplicar a justiça fazem parte de uma só e única categoria essencial” (PERELMAN, 1996, p.20)

O Direito à Saúde, elevado ao patamar de direito fundamental, é a aplicação vívida do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, um direito subjetivo público que precisa de uma atuação positiva do Estado para ser efetivado. A doença representa perigo não somente para a existência do indivíduo, como também para toda a sociedade. Trata-se, portanto, de condição indispensável para conservação do bem-estar de toda a sociedade. Nessa senda, a saúde é indispensável para o exercício da atividade econômica. (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 4331).

Perelman, ao entender como justiça a fórmula de que deve ser fornecido “a cada qual segundo suas necessidades”, busca em Rawls uma tentativa de concretizar seu pensa-

mento, despontando esforços de uma concepção de justiça pautada na igualdade, assim como Rawls o faz em sua teoria da equidade. (PERELMAN, 2005, p. 27).

Dessarte, a saúde passa a ser a força motriz de todo um sistema constitucional, alçada ao patamar de Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988, dos arts. 196 ao 200. Constituída direito de todos e dever do Estado, a saúde deve ser garantida mediante políticas públicas que “visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, consoante dispositivo 196 da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

O Direito à Saúde relaciona-se diretamente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 1988, art. 1º). São direitos que devem ser analisados em conjunto, pois não há como se ter uma vida digna sem saúde, que, por conseguinte, está vinculada ao direito à vida.

A saúde é um bem da própria comunidade, sendo entendida não somente como ausência de enfermidades. Trata-se de um direito humano com proteção universal, diretamente ligada ao bem-estar, consubstanciando uma das grandes preocupações da humanidade. O Estado possui uma importante atuação para que essa garantia seja efetivada através de adoção de políticas públicas que garantam sua universalização.

A teoria de Rawls e a teoria de Perelman esmiuçadas anteriormente, que entendem, respectivamente, a justiça como equidade e a análise da justiça sob a lógica formal a partir de fórmulas concretas, podem ser associadas diretamente a determinados direitos sociais, como a saúde. Sua análise,

tendo em vista que a instituição de sistemas de saúde tem como base a universalidade de acesso e igualdade de assistência, possui um forte viés na teoria de Rawls, como não poderia deixar de ser na teoria de Perelman.

Com a disseminação da COVID-19 em uma escala global, o complexo econômico-industrial da saúde passou a envidar esforços para o desenvolvimento em laboratório de uma vacina, o que ocorreu no segundo semestre do ano de 2020, com o surgimento das primeiras patentes sobre os imunizantes.

Iniciaram-se, então, tratativas dos países com as empresas para que as vacinas chegassem aos mais diversos locais do planeta. Nessa toada, discussões sobre licenciamento compulsório e estratégias de transferência de tecnologia passaram a permear as agendas dos governos.

2 A LICENÇA COMPULSÓRIA OU OBRIGATÓRIA DE PATENTES – A QUEBRA DE PATENTES

A Propriedade imaterial é protegida pela Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX (BRASIL, 1988). Doutrinariamente é subdividida em Direitos Autorais e Direitos de Propriedade Industrial. Nessa percepção, vale a pena mencionar na literalidade o inciso XXIX do mencionado dispositivo:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o **interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**; [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O grifo acima explicita positivamente a razão de ser do presente artigo. Ora, trata-se de Direito Fundamental à Proteção dos Inventos Industriais, como também essa proteção somente persiste se ocorrer em função do “interesse social” e do “desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Assim é que a propriedade imaterial também deverá cumprir uma função social. Os medicamentos possuem um importante desiderato na prevenção e manutenção do Direito à Saúde na atualidade.

A proteção aos produtos, de acordo com as regras da Lei de Propriedade Industrial, ocorre através da chamada patente. Na lição de Viegas (2009, p. 116), a patente deve ser analisada não somente como forma de impedir que outros utilizem o produto ou processo patenteado sem o consentimento do autor, mas também no sentido de que deve ser exercida “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (conforme § 1º do art. 1.228 do CC de 2002).

O Estado, como garantidor de direitos básicos, passou a utilizar-se de medidas legais para fazer com que esses produtos cheguem a todos, indistintamente. Para isso, o poder público dispõe do chamado “licenciamento compulsório”, ou “quebra de patentes”, em que verifica-se a prevalência do interesse público sobre a “exclusividade proporcionada pelo privilégio da patente” (VIEGAS, 2009, p. 116).

Ressalte-se que o licenciamento compulsório não é um instituto novo. Ele existe no Brasil desde a década de 1970, mas somente a partir dos anos 2000 é que se iniciou a utilização desse instrumento, por meio das concessões dos

primeiros registros, após a publicação da Lei Nº 9787/1999 (BRASIL, 1999).

O licenciamento compulsório, ou quebra de patentes, como costumeiramente chamado, é previsto na Lei nº 9.279/96 (BRASIL, 1996) e regulamentado pelo Decreto Nº 3.201/99 (BRASIL, 1999).

Após tentativas de negociação, o primeiro licenciamento compulsório no Brasil ocorreu através do Decreto Normativo Nº 6.108, de 4 de maio de 2007 (BRASIL, 2007), em que o Governo Brasileiro quebrou a patente do medicamento antirretroviral “Efavirenz”, que compõe o “coquetel antiaids”, norma esta prorrogada pelo Decreto Nº 7.723, de 4 de maio de 2012 (BRASIL, 2021).

Recentemente, o Decreto Normativo Nº 6.108/2007 (BRASIL, 2007) foi revogado pelo Decreto Nº 9.917, de 18 de julho de 2019, tendo em vista a revogação dos chamados “decretos normativos”, no intuito de atender ao que determina a Lei Complementar Nº 95/98, que, desde o início de sua vigência, determinava a consolidação desses diplomas em atenção ao estabelecido no artigo 16 da referida lei complementar. Até o momento, contudo, não há diretriz sobre qual será o instrumento normativo responsável por determinar as quebras de patentes a partir de julho de 2019.

O licenciamento compulsório está devidamente normatizado dos dispositivos 68 ao 74 da Lei Nº nº 9.279/96 e poderá ocorrer se o titular “exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico” (art. 68, *caput*). No mais, “a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de

fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação” (art. 68, inciso I) ou “a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado” (art. 68, inciso II), bem como “ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra” (art. 70, inciso I), “o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior” (art. 70, inciso II); “o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior” (art. 70, inciso III) e em casos de emergência nacional ou interesse público (art. 71) (BRASIL, 1996)

No caso específico de análise com relação à quebra de patente para atender a situações importantes de ordem pública, atente-se à tipificação descrita no art. 71 da Lei de Propriedade Industrial, que permite a intervenção estatal em casos de emergência nacional ou interesse público (BRASIL, 1996), tendo isso regulamentado pelo art. 2º do Decreto Nº 3.201/1999 (BRASIL, 1999), que aduz a possibilidade de licença compulsória da patente.

A exploração da patente não poderá ser feita de forma indiscriminada, por qualquer indústria que assim deseje, mas tão somente poderão explorar a patente licenciada a União ou terceiros devidamente contratados ou conveniados, a teor do art. 9º do Decreto Nº 3.201/1999 (BRASIL, 1999).

Inversamente ao que se acredita, o licenciamento compulsório não exime o pagamento de valores ao titular do Direito de Propriedade Industrial. No caso do licenciamento

compulsório do “Efavirenz”, o diploma estabeleceu como remuneração ao titular da patente “um inteiro e cinco décimos por cento sobre o custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde ou o preço do medicamento que lhe for entregue”, nos termos do art. 2º do Decreto Nº 6.108/2007 (BRASIL, 2007).

Antes da edição do Decreto, diversos procedimentos deveriam ter sido adotados para que ocorresse a quebra compulsória da patente. Procedimentos estes que ainda não estão bem estabelecidos, tendo em vista o determinado na Lei Nº 9.279/1996 (BRASIL, 1996), cuja concessão da patente para “produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (art. 229-C). Nesse quesito, a ANVISA e o INPI devem atuar em conjunto para a concessão de patentes de medicamentos, visando resguardar a saúde pública e o acesso igualitário de medicamentos. (BRASIL, 2020)

Após instituição de um grupo de trabalho, aprovou-se um relatório que deu origem à Portaria Interministerial Nº 1.065/12 (BRASIL, 2012), com assinatura conjunta da ANVISA e do INPI, determinando que “a chamada anuência prévia será feita antes que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) avalie e decida sobre os processos de patentes. Esta nova rotina é resultado do relatório do Grupo de Trabalho Interministerial que discutiu, nos últimos oito meses, as relações e atribuições da Anvisa e do INPI na análise de patentes farmacêuticas” (BRASIL, 2020).

A priori, pode-se entender que a quebra de patentes de medicamentos atende ao Princípio da Função Social da

Propriedade Privada. Visa, ainda, à promoção de interesses sociais e a garantia da própria dignidade da pessoa humana. Entende-se que, no atual estágio de desenvolvimento humano e estatal, o social deverá prevalecer sobre o individual.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A QUEBRA DE PATENTES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

A saúde é um dos bens mais desejados pela sociedade. Seja por necessidade, seja por superfluidade. Em quase todos os aspectos referentes à saúde, os medicamentos são ponto de convergência nos tratamentos. Para tanto, empresas investem vultosos valores visando ao aprimoramento e à descoberta de novas substâncias.

O Direito à Saúde anda em sintonia com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, efetivado no corpo constitucional em seu art. 1º, inciso III (BRASIL, 1988), tendo em vista que não há possibilidade de uma vida “digna” sem termos acesso a instrumentos e políticas relacionados à saúde.

Nesse ponto, verifica-se que a Constituição Federal protege tanto o Direito à Saúde, quanto o direito à propriedade imaterial em diversos dispositivos espalhados ao longo do texto constitucional.

A proteção jurídica da propriedade imaterial ultrapassa a esfera territorial do Estado, passando a ter uma importância jurídica internacional. Os direitos da propriedade industrial, direitos autorais e direitos sobre os programas de computadores possuem proteção constitucional e dos Tratados Internacionais.

Os imunizantes são substâncias que têm por objetivo o tratamento de enfermidades, seja para a cura, para efeito paliativo ou melhoria da qualidade de vida. Serão considerados uma invenção caso atendam aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, nos termos do art. 8º da Lei Nº 9.279/1996 (BRASIL, 1996).

Com a Revolução Industrial, os produtos perderam seu caráter de total produção individual, ao serem fabricados em um processo de produção em massa. Se antes cada medicamento era produzido de forma individual, através dos chamados “alquimistas”, “curandeiros”, médicos e até mulheres chamadas de “bruxas”, hoje há uma larga escala de fabricação dos medicamentos.

Assim como a industrialização e as inovações tecnológicas trouxeram aspectos positivos de aproximação e aumento da expectativa de vida das pessoas, também trouxeram outros tipos de doenças, sejam recém-descobertas, agravadas, “importadas” de outros países ou transmitidas por outros seres vivos.

A pesquisa, aliada às inovações tecnológicas, trouxe grande evolução na descoberta de novas fórmulas para o cuidado com o ser humano. Deixou, contudo, de ter um caráter humanitário e social, para dar ênfase ao aspecto econômico-industrial.

Com o domínio dos mercados pelas grandes indústrias farmacêuticas, os imunizantes passaram a ter um alto custo para a população, que passou a pagar um preço considerável para ter acesso a esses produtos.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em dezembro de 2019, referente ao ano de 2017, as despesas das famílias com questões relacionadas à saúde superam a casa dos R\$ 354,6 bilhões por ano. As despesas com saúde chegam a 66,8% do orçamento das famílias. (IBGE. Agência IBGE Notícias)

Diante desse aspecto do consumismo e da industrialização em massa de produtos essenciais, a questão social passou a ser novamente analisada sob o âmbito do Direito. Afinal, não há como o Direito se manter inerte diante da real necessidade de vacinas.

Sob esse prisma, a “industrialização da ciência” (SANTOS, 2006, p. 57) sobrepôs-se à percepção social e humanista da pesquisa. As indústrias farmacêuticas pautam seus investimentos em pesquisas que tenham uma grande possibilidade de retorno financeiro.

O patenteamento passa a ser um aspecto importante não somente para a economia, mas também para a sociedade, pois é a partir do registro das invenções que as indústrias ganham maior segurança para continuar suas pesquisas. Dessarte, não há o temor de que suas fórmulas sejam descobertas e utilizadas por terceiros, sem o devido repasse de valores ao inventor da inovação.

Ao requerer a patente de uma invenção, garante-se ao titular uma proteção de sigilo do pedido durante 18 (dezoito) meses (art. 30 da Lei Nº 9.279/1996). Com o deferimento do pleito, a patente terá a vigência de 20 (vinte) anos, contados da data do depósito (art. 40 da Lei Nº 9.27/1996). No caso de produtos e processos farmacêuticos, estes dependerão

“da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”, segundo o art. 229-C da Lei Nº 9.279/1996 (BRASIL, 1996).

Imagine, por exemplo, que uma determinada empresa tenha patenteado um medicamento para a cura da AIDS e, por uma decisão comercial, resolveu não comercializar o produto, aguardando uma epidemia maior da doença. Diante disso, manter a patente sob sigilo pode ser considerado uma verdadeira afronta aos direitos humanos, tendo em vista que a proteção à propriedade estaria a atingir a própria vida humana.

Surge, nesse cenário, a importância do licenciamento compulsório como forma de combater esses ideais extremos de propriedade individual, passando a analisar a propriedade sob um prisma de utilidade, e até mesmo necessidade de todo o corpo social.

Não há melhor momento para se estudar essa questão do licenciamento compulsório do que na atual situação complexa que o mundo vive, qual seja, a pandemia ocasionada pelo Coronavírus e a procura incessante por vacinas.

O SARS-CoV-2 faz parte da extensa família dos coronavírus. Ele é responsável especificamente por causar a doença COVID-19. Em virtude de sua proliferação mundial, a Organização Mundial de Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que a COVID-19 representa Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o nível mais alto de alerta, segundo o Regulamento Sanitário Internacional (BRASIL, 2020).

Somente em 11 de março de 2020, diante do aumento dos casos em diversos países do mundo, a OMS declarou a doença causada pelo Coronavírus uma pandemia, de forma que os governos de todo o mundo deveriam ficar alertas e atuantes (ORGANIZAÇÃO Pan-Americana da Saúde – OPAS, acesso em 18 jul. 2020).

No Brasil, a primeira norma específica sobre tema foi veiculada por meio da Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), que dispôs sobre “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, com a possibilidade de impor as medidas que irão desde isolamento até autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde (art. 3º, incisos I a VIII, da Lei).

A primeira ação em torno da pandemia do COVID-19 ocorreu com a repatriação de trinta e quatro brasileiros que residiam em Wuhan, cidade chinesa considerada o epicentro do vírus, em 09 de fevereiro de 2020 (SANARMED, 2020). O Brasil teve o primeiro caso confirmado por Coronavírus em 26 de fevereiro de 2020. No dia seguinte, 132 (centro e trinta e dois) casos suspeitos já se encontravam sob monitoramento do Ministério da Saúde (SANARMED, 2020).

Os números de infectados e mortes aumentaram exponencialmente em todo o território nacional. Os poderes executivos dos Estados e Municípios passaram a adotar medidas para tentar conter não somente a doença, mas também

a proliferação do vírus, por meio da edição de decretos de isolamento social, uso obrigatório de máscaras e, em último caso, pelo recuso ao *lockdown*.

O Poder Legislativo, antes da formulação de uma vacina para conter o coronavírus, iniciou a tramitação de um Projeto de Lei, apresentado na Câmara dos Deputados em 02 de abril de 2020, numerado como PL 1.462/2020. Esse projeto visa a acrescentar dispositivos ao art. 71 da Lei Nº 9.279/96, bem como tratar de outras determinações especificamente relacionadas ao licenciamento compulsório de temporária e não exclusiva, enquanto perdurar a emergência nacional de saúde pública em virtude da pandemia de COVID-19 (art. 3º do PL 1462/2020), em especial com relação à autorização de:

[...] exploração de patentes e pedidos de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular de tecnologias úteis para a vigilância, prevenção, detecção, diagnóstico e tratamento de pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2, em especial, vacinas; medicamentos e correlatos; exames diagnósticos complementares e kits laboratoriais; equipamentos de saúde e outros dispositivos; insumos para a elaboração de produtos de interesse para a saúde; outras tecnologias úteis no combate à COVID-19 (art. 3º do PL 1.462/2020) (BRASIL, 2020).

Assim, o art. 71 passará a ter modificações em seu *caput* e em seu bojo, caso o projeto de lei, após tramitação regular, seja aprovado e após sancionado pelo Chefe do Executivo:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou do pedido de patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória,

temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. (BRASIL, 2020).

Serão acrescentados, não obstante, o §2º no art. 71 e três incisos, esmiuçando questões referentes à vigência da licença compulsória, competência e remuneração do titular:

§2º- A declaração de emergência de saúde pública de importância internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ou a declaração de emergência de saúde pública de importância nacional pelas autoridades nacionais competentes enseja automaticamente a concessão da licença compulsória por emergência nacional de todos os pedidos de patente ou patentes vigentes referentes a tecnologias utilizadas para o enfrentamento à respectiva emergência de saúde, tais como vacinas, medicamentos, diagnósticos, reagentes, dispositivos médicos, equipamentos de proteção individual, suprimentos e quaisquer outras tecnologias utilizadas para atender às necessidades de saúde relacionadas à emergência. (art. 2º do PL1462/2020) (BRASIL, 2020, grifo nosso).

Com a publicação de lei sobre o tema, o licenciamento compulsório poderá ocorrer mesmo que não exista declaração nacional de emergência de saúde pública, ou seja, a norma poderá ser aplicada pelo INPI bastando que um órgão internacional, no caso, a OMS, divulgue declaração com conteúdo emergencial de saúde pública.

A iniciativa é intrigante, pois o licenciamento compulsório deverá ocorrer mesmo que as normas nacionais não considerem uma determinada situação como de emergência de saúde pública, contrapondo-se às demais normas nacionais. Verifica-se, portanto, uma tentativa do Poder Legislativo em colocar a saúde em um âmbito globalizante, no sentido de

que a declaração de emergência não estaria condicionada à deliberação interna, muitas vezes arbitrária do governo, e sim analisada por instituições dotadas de uma perspectiva científica e mundial.

Em todo o caso, mesmo sem referida lei específica, admite-se a quebra de patente como instrumento legal autorizada pela Lei de Propriedade Industrial, conforme diretriz adotada pela própria Constituição Federal, que visa a impedir o abuso do poder econômico pela via da prática monopolística da comercialização do produto por uma empresa, nos termos do art. 173, § 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Diante do cenário globalizante que a pandemia aflorou, não se pode mais estudar as patentes e o licenciamento compulsório unicamente pela perspectiva da legislação brasileira. A situação transcende fronteiras e necessita de uma análise pautada também nos diplomas estrangeiros.

Os acordos internacionais que tratam sobre a questão da patente são diversos, dentre eles, mencione-se o Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), a Declaração de Doha sobre o TRIPS e o CUP (Tratado da Convenção da União de Paris).

Diante da pandemia do Coronavírus, a OMS realizou de maneira virtual a Assembleia Mundial da Saúde, nos dias 18 e 19 de maio de 2020. Ao final da reunião, foi aprovada a Resolução WHA73.1, intitulada “resposta à Covid-19” (WORLD, 2020).

Nessa mesma toada, os Parlamentos Regionais da América Latina e do Caribe aprovaram uma Declaração conjunta pautada na vacina contra o Coronavírus. À época, os países

defendiam que, em caso de descoberta para a cura, essa fosse disponibilizada a todos, de forma gratuita e universal (DECLARACION, 2020).

Mesmo com a descoberta da vacina, a indústria farmacêutica, os laboratórios vinculados a instituições de pesquisa de Universidades e diversos entes continuaram a realizar investigações científicas para exterminar essa ameaça invisível.

O Brasil, então, procurando trazer esses imunizantes ao país, assinou contratos de transferência de tecnologia para a produção de vacinas patenteadas por laboratórios estrangeiros. Trata-se de um pacto complexo, em que todos os materiais, procedimentos e insumos serão repassados ao laboratório público que será responsável pela replicação do imunizante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, nos últimos meses, que a descoberta de vacinas para mitigar os efeitos da COVID-19 ocasionou diversos debates dos países com a indústria farmacêutica para a disponibilização da fórmula para seu público.

O Direito Fundamental à Saúde é aplicação vívida do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, um direito subjetivo público que precisa de uma atuação positiva do Estado para ser efetivado.

De um lado, há a possibilidade de quebra compulsória de patente para possibilitar que a vacina ou medicamento chegue a toda a população, e de outro, persiste uma questão política e de respeito aos Tratados Internacionais.

Partindo da análise das discussões estatais com relação à medida, buscou-se focar a concepção de justiça distributiva concebida por John Rawls e Chäim Perelman para subsidiar o conhecimento científico já existente. Com isso, levantou-se a hipótese de aplicabilidade da quebra de patentes em um contexto econômico e social de emergência na saúde pública mundial.

A importância das pesquisas científicas para compreender o vírus, seu modo de transmissão, infecção e, principalmente, desenvolver uma fórmula que elimine ou amenize seus efeitos é evidente. Eis um momento em que não há diferença entre países ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos. O que existe são preocupações globais, pois o vírus não escolhe nacionalidade, classe social, religião ou gênero.

A pesquisa científica, aliada às inovações tecnológicas, trouxe grande evolução na descoberta de novas fórmulas para o cuidado com o ser humano. Deixou, contudo, de ter um caráter humanitário para dar ênfase ao aspecto econômico.

A percepção das diferenças socioeconômicas entre os países torna-se manifesta quando da descoberta de uma vacina ou medicamento para esse mal que assola toda a humanidade. Nesse momento, vê-se que a globalização não tornou o mundo igual. Ao contrário: mostrou sua fragilidade diante do poder econômico e político da indústria.

Nações-Estado que possuem influência em diversos setores estão sendo as primeiras a receberem o medicamento, enquanto países que não possuem a mesma condição no cenário internacional estão relegadas ao último nível, a tal

ponto que o ritmo de vacinação não está suprimindo a necessidade das populações.

Infelizmente, a esperança dos países subdesenvolvidos e pobres está subordinada às boas intenções dos Organismos Internacionais, que já se manifestam em prol da distribuição de uma vacina universal e gratuita, de forma igualitária, para que a invenção não seja fechada e circunscrita a um pequeno grupo de países por meio do mecanismo da patente.

Frente a essa conjuntura, a função social da patente mostra-se de imprescindível análise. A legislação brasileira é suficientemente precisa no sentido de prever a possibilidade de licenciamento compulsório.

O Brasil, atualmente, produz os imunizantes pelas mãos de instituições públicas, cujo contrato de transferência de tecnologia foi realizado exclusivamente com o Poder Público, para que somente esse tenha acesso à distribuição das vacinas.

A melhor medida, a nosso ver, é a possibilidade de licenciamento voluntário, ou seja, realizado por meio de acordo entre o governo e a indústria farmacêutica. Dessa forma, preserva-se o Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em uma escala social e humanitária.

Enfim, com base nos argumentos dos marcos teóricos citados, propõe-se que a vacina contra a COVID-19 não possa ser protegida e blindada por patente, de uso exclusivo de uma indústria farmacêutica, em detrimento da vida e do bem-estar da população mundial.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO da Indústria Farmacêutica de Pesquisa - INTERFARMA. **Projeto para quebrar patente em razão da Covid-19 une PT a base de Bolsonaro** Disponível em <<https://www.interfarma.org.br/noticias/2187>>. Acesso em 19 jul. 2020.

BATISTA, C. K. L.; CALIL, M. L. G. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO A MEDICAMENTOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMATERIAL NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 106-121, 2016. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v17i1p106-121. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/117049>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BATISTA, C. K.; CALIL, M. L. **O direito fundamental de acesso a medicamentos e a função social da propriedade imaterial no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, v. 17, n. 1, p. 106-121, 30 jun. 2016.

BERMUDEZ, Jorge. **Acesso a medicamentos e tecnologias: do panorama global às perspectivas nacionais**. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz- CEE. Disponível em <<https://cee.fiocruz.br/?q=Acesso-a-medicamentos-e-tecnologias-na-Covid-19>>. Acesso em 17 de julho de 2020.

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: 10 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.462, de 02 de abril de 2020**. Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência

de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D9EC30D5C649E640BE95E-0AC22C4BA8.proposicoesWebExterno2?codteor=1872758&filename=PL+1462/2020>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Decreto Nº 3.201, de 6 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3201.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6108.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 7.723, de 4 de maio de 2012. Prorroga o prazo de Vigência do licenciamento compulsório, por interesse público, das patentes referentes ao Efavirenz para fins de uso público não comercial, de que trata o Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7723.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.723%2C%20DE%204,4%20de%20maio%20de%202007>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 7.723, de 4 de maio de 2012. Prorroga o prazo de Vigência do licenciamento compulsório, por interesse

público, das patentes referentes ao Efavirenz para fins de uso público não comercial, de que trata o Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7723.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.723%2C%20DE%204,4%20de%20maio%20de%202007>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 9.917, de 18 de julho de 2019. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9917.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 9.917, de 18 de julho de 2019. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9917.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico,

dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9787.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Análise de patentes de medicamentos tem novo fluxo**. Notícia publicada em 01/06/2012, com modificações em 29/04/2016. Disponível em <[http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts](http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2666139&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=analise-de-patentes-de-medicamentos-tem-novo-fluxo&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dpatente%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true)>. Acesso em 20 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Anvisa e INPI: acordo acelera análise de patentes: Portaria conjunta põe fim a impasse antigo entre os órgãos e deve envolver, de imediato, mais de 20 mil pedidos na área de fármacos**. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts>

action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=3365956&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=anvisa-e-inpi-acordo-acelera-analise-de-patentes&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dpatente%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true>. Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Medicamentos genéricos**. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/genericos>>. Acesso em 15 dez 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Patentes**: Nota à Imprensa. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2663819&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=patentes-nota-a-im-prensa&redirect=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Dpatente%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true>. Acesso em 08 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico** [Internet]. Disponível em <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/Boletim-epidemiologico-COECorona-SVS-13fev20.pdf>> . Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.065, de 24 de maio de 2012**. Torna público o relatório final apresentado pelo Grupo de Trabalho Interministerial constituído pela Portaria Interministerial nº 1.956/MS/MDIC/AGU, de 16 de agosto de 2011. Brasília, DF, 2012. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/pri1065_24_05_2012.html>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.121, de 1º de março de 2021**. Autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 (Covax Facility) e estabelece diretrizes para a imunização da população. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14121.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CARVALHO NETO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. *In*: Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, n. 6 (jul/dez 1998). Brasília: Editora UnB, p. 235-250.

CASTRO, Elza Moreira Marcelino de. **O acordo TRIPS e a saúde pública: implicações e perspectivas**. Brasília: FUNAG, 2018. Disponível em <<http://funag.gov.br/biblioteca/download/1252-trips-e-a-saude-publica.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2020.

CHARLEAUX, João Paulo. NEXO. **A quebra de patente como acesso à cura da covid-19** (entrevista com Jorge Bermudez, membro da Fiocruz e colaborador da OMS). Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2020/06/01/A-quebra->

de-patente-como-acesso-%C3%A0-cura-da-covid-19>. Acesso em 17 jul. 2020.

CHAVES, Gabriela Costa. Cartilha. **Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento efavirenz no Brasil**. Produzido pela ABIA Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS. Disponível em <http://abiaids.org.br/_img/media/EFAVIRENZ.pdf>. Acesso em 06 jan. 2020.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Para além das coisas**: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, C.L.N. et al (orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Direito e Justiça Formal**: as noções de justiça para Chaim Perelman. Disponível em <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/2307/1529>>. Acesso em 10 jan. 2020.

DADALTO, Luciana; ROYO, Mayara Medeiros; COSTA, Beatriz Silva. **Bioética e integridade científica nas pesquisas clínicas sobre covid-19**. *Rev. Bioét.*, Brasília, v. 28, n. 3, p. 418-425. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422020000300418&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 mar. 2021.

DECLARACIÓN de los presidentes de los parlamentos regionales de América Latina (Parlatino, Parlandino, Parlasur y Parlacen) para que la vacuna contra Sars-CoV-2 (coronavirus COVID-19) sea accesible para el mundo em forma gratuita (24 de junho de 2020). Disponível em <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/18157/1/declaracion.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2020.

FERREIRA, Vanessa Rocha. **Direito Fundamental à Saúde: Uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. **A função social das patentes de medicamentos** (dissertação). Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12373/1/LUCIANO%20LIMA%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2020.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois; BRAGA, Patricia Seixas da Costa, MONTENEGRO, Karla Bernardo Mattoso; CESÁRIO, Bernardo Bahia. **Acesso a vacinas no Brasil no contexto da dinâmica global do Complexo Econômico-Industrial da Saúde.** Revista Cadernos de Saúde Pública 2020; 36 Sup 2. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36s2/1678-4464-csp-36-s2-e00154519.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2021.

GOYARD-PADRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos.** Madrid: Cátedra, 1997.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Agência IBGE Notícias.** Despesas com saúde ficam em 9,2% do PIB e somam R\$ 608,3 bilhões em 2017. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26444-despesas-com-saude-ficam-em-9-2-do-pib-e-somam-r-608-3-bilhoes-em-2017>>. Acesso em 16 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KWEITEL, Juana e REIS, Renata. **A primeira licença compulsória de medicamento na América Latina** (p.26-28). Revista PONTES: Entre o Comércio e o Desenvolvimento

Sustentável. Disponível em <<http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/pontes/pontes3-3.pdf>>. Acesso em 06 jan. 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da FDV – 2012. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/181/146>>. Acesso em 25 nov. 2019.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. **Harmonização dos direitos de patentes: entre proteção dos direitos dos titulares e o acesso a medicamentos**. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.V. 30.1-jan/jun- 2010/1-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará. Órgão oficial do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1239/1200>>. Acesso em 12 jul. 2020.

MERCOSUL. Parlamento do Mercosul. Presidentes dos Parlamentos regionais aprovam Declaração para que vacina contra o coronavirus seja acessível mundialmente de forma gratuita. Disponível em <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/18157/2/parlasur/presidentes-dos-parlamentos-regionais-aprovam-declarac%C3%A3o-para-que-vacina-contr-o-coronavirus-seja-acessivel-mundialmente-de-forma-gratuita.html>>. Acesso em 10 jul. 2020.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 34.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MOURA, Elisa Coutinho; SANTOS, Camila Rezende dos; ATZINGEN, Dênia Amélia Novato Castelli von; MENDONÇA,

Adriana Rodrigues dos Anjos. **Vacinação no Brasil:** reflexão bioética sobre acessibilidade Rev. bioét. (Impr.). 2020; 28 (4): 752-9 Pesquisa 752. Disponível em <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2320/2494>. Acesso em 10 de mar. 2021.

NAÇÕES Unidas. Organização Mundial da Saúde classificou novo coronavírus como pandemia. Nações Unidas Brasil [Internet]. Brasília; 11 mar 2020. Disponível em <<https://brasil.un.org/>>. Acesso em 15 ago. 2020.

OLIVEIRA, Juliano Regattieri. **Como vai funcionar a patente de uma futura vacina contra o coronavírus?** Jornal A Gazeta. Disponível em <<https://www.agazeta.com.br/artigos/como-vai-funcionar-a-patente-de-uma-futura-vacina-contr-o-coronavirus-0420>>. Acesso em 10 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO Pan-Americana da Saúde - OPAS. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Disponível em <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>. Acesso em 18 jul. 2020.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello e et al. **As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde.** Saúde em Debate [online]. 2018, v. 42, n. 119, pp. 1002-1011. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/0103-1104201811917>>. ISSN 2358-2898. Acesso em 10 jan. 2020.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUINTELLA, Cristina M.; MATA, Ana Maria Tavares da; GHESTI, Grace Ferreira Ghesti; MATA, Pedro Miguel de Assis Lopes

Tavares da. **Vacinas para coronavírus (covid-19; sars-cov-2):** mapeamento preliminar de artigos, patentes, testes clínicos e mercado. Cadernos de Prospecção – Salvador, v. 13, n. 1, p. 3-12, março, 2020. Disponível em <<https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/35871>>. Acesso em 20 mar. 2021.

RAWLS, John. **Justiça como equidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROTHBARTH, Renata. **Vacinação: direito ou dever?** A emergência de um paradoxo sanitário e suas consequências para a saúde pública. USP. Faculdade de Saúde Pública, dissertação de Mestrado, 2018. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6143/tde-11102018-123140/pt-br.php>>. Acesso em 10 de mar. 2021.

SANARMED. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil.** Disponível em <<https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>>. Acesso em 18 jul. 2020.

VIEGAS, Juliana, L. B. **Contratos típicos de propriedade industrial:** contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: Manoel J. Pereira dos Santos, Wilson Pinheiro Jabur, coordenadores. Propriedade intelectual: contratos de propriedade intelectual e novas tecnologias– 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

WORLD Health Organization – WHO. WHA73. **COVID-19 response.** Agenda item 3. Disponível em <https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf>. Acesso em 10 jul. 2020.

A SAÚDE E SUAS OLIGARQUIAS: AS POLÍTICAS DE SAÚDE E A NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO POPULAR¹

Carlos Fernando Poltronieri Prata²

Adriano Sant'Ana Pedra³

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer⁴

INTRODUÇÃO

A recente crise pandêmica vivenciada no mundo, provocada pelo vírus Sars-Cov-2, causador da Covid-19, que levou a óbito milhões de pessoas no mundo, centenas de milhares somente no Brasil, trouxe à tona a importância de um Sistema de Saúde que seja suficientemente consolidado

¹ Estudo desenvolvido no âmbito da disciplina “Direitos Políticos, Teorias Democráticas e Cidadania”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sob o magistério do Prof. Adriano Sant'Ana Pedra.

² Mestrando 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). Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Contato: cfpprata@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0096-7241>.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Física Quântica (UFES). Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador Federal. Contato: adrianopedra@fdv.br.

⁴ 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). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenadora do PPGD da Faculdade de Direito de Vitória. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Contato: elda.cab@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4303-4211>

e tenha verbas suficientes para efetivar o direito fundamental à saúde de qualidade, previsto na Constituição Federal.

Toda a ótica de funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS foi pensada tendo por bases seus pilares democráticos de cogestão entre sociedade e Estado; esta foi a razão pela qual as Leis Orgânicas da Saúde previram a criação dos Conselhos de Saúde em suas esferas municipais, estaduais e nacional.

Entretanto, constatou-se em meio a uma pandemia o completo caos no Ministério da Saúde, consubstanciado não somente na reiterada substituição do cargo de Ministro da Saúde, mas, também, no fato de não haver planejamento apto a solucionar os problemas relacionados à crise decorrente da calamidade sanitária de Covid-19.

Somado a isso estão as discussões acerca de protocolos medicamentosos e terapêuticos aptos ou não ao combate da Covid-19. A tudo isso a sociedade se viu refém das decisões tomadas unilateralmente por parte do Chefe do Executivo, por meio dos seus escolhidos no Ministério da Saúde.

Em uma análise breve das situações postas, não fica difícil verificar que a sociedade, além de aterrorizada com o medo da doença, se encontra totalmente aquém das decisões tomadas pelo poder público quando da definição das políticas públicas, principalmente no que diz respeito àquelas realizadas no seio do SUS, o que contraria o pilar democrático de sua formação.

Em razão da recente crise de representatividade vivenciada pela sociedade brasileira e o distanciamento percebido, cumpre questionar o quão prejudicial é a ausência de delibe-

ração popular para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à participação política dos cidadãos no contexto da tomada de decisões do Ministério da Saúde nas políticas públicas atinentes ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Para tanto, será apresentado em um primeiro momento o histórico de criação, organização e a base principiológica do SUS. Após, tratou-se de esclarecer de que forma essa participação popular poderia ser efetivada, mediante a apresentação do conceito de democracia deliberativa, tal qual pensada pelo jusfilósofo alemão Jürgen Habermas e autores nacionais que esclarecerem alguns pontos de sua teoria. Por fim, será apresentado um caso enquanto exemplo privilegiado do distanciamento da sociedade e centralização das decisões políticas nas mãos do próprio Estado, mormente do Poder Executivo Federal.

1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: FORMAÇÃO, PRINCÍPIOS E ORGANIZAÇÃO

Qualquer trabalho que pretenda analisar políticas públicas de saúde efetivadas em tempos contemporâneos deverá, antes, considerar o histórico de criação do Sistema Único de Saúde – SUS, suas características, princípios, mas, principalmente, os pilares centrais com o qual foi pensado pelos agentes fomentadores de sua inclusão no texto constitucional de 1988, ou seja, sua razão de ser, seu *telos*.

Não é novidade que o Brasil chegou à década de 90 com um intensivo arcabouço legal que deu conta da concretização de algumas bases da cidadania e democracia modernas. Para

tanto, basta analisar o vasto núcleo de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Todavia, além dos inúmeros direitos individuais típicos de diplomas constitucionais anteriores (previstos até mesmo em cartas constitucionais vigentes durante períodos de ditadura em nosso país), a CF/88 trouxe uma conquista social que somente foi alcançada em razão do amplo anseio e mobilização por parte dos setores populares após a queda de um regime ditatorial (KRÜGER, 2014, p. 219).

A grande participação popular na Constituinte deveu-se ao fato de que diversos movimentos populares, fomentados por instituições como igrejas, partidos políticos, sindicatos, dentre outros atores sociais, interagiram junto às camadas sociais excluídas do desenvolvimento econômico do período desenvolvimentista das décadas de 60 e 70 (FABRIZ, 1999, p. 160-161). Esse processo de participação política resultou no amplo sistema de direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal. Os extensos capítulos I e II do Título II do texto constitucional de 1988, que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos e dos direitos sociais, refletem essa efetiva participação popular (PEDRA, 2021, p. 133-134).

Nesse momento de reconhecimento e implementação de direitos sociais, dentre os quais se insere a saúde, e nos anos subsequentes, o país seria arena de uma nova conjectura político-econômica, que, inclusive, foi capaz de alterar a dinâmica com a qual o direito à saúde foi pensado por seus elaboradores. Assim, a efetivação do direito à saúde e a implementação do SUS se deu com a intensificação de práticas econômicas e políticas neoliberais, que causaram a perda

do então conteúdo progressista da democracia (KRÜGER, 2014, p. 219).

Cumprir destacar que a Constituição Federal de 1988 não inovou somente no que diz respeito à inserção dos direitos sociais, mormente o direito à saúde. A perspectiva altamente inovadora no que diz respeito aos avanços obtidos mediante lutas populares no momento da elaboração da Carta Magna deram conta da inserção política de sujeitos sociais que se encontravam, até aquele momento, à margem de participação na formação da agenda pública (KRÜGER, 2014, p. 219).

Naquele momento, a consubstanciação do direito à saúde no texto constitucional foi um indicativo de reafirmação da mudança para um *Estado Institucional-redistributivo*, uma vez que desvinculava o pensamento anteriormente preponderante, que atrelava a ideia dos direitos sociais àqueles direitos relacionados ao trabalho formal. Assim, o Constituinte tratou de reconhecer e dar a devida atenção às necessidades integrais de saúde do cidadão (KRÜGER, 2014, p. 219).

Além da previsão do direito à saúde como direito fundamental, o texto constitucional brasileiro também estabelece que a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se como um dever do Poder Público, haja vista a redação do artigo 196 da Constituição brasileira, segundo a qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. No ordenamento jurídico brasileiro, a constitucionalização do SUS tanto densifica a dimensão objetiva do direito à saúde, quanto representa verdadeira garantia institucional fundamental, pois a própria Constitui-

ção brasileira cuidou de regular suas principais diretrizes e princípios. (PEDRA; MORAES, 2011, p. 160)

Entretanto, conforme já é sabido na academia, o mero reconhecimento formal de direitos não garante a sua plena efetivação e o mesmo se aplica aos direitos sociais. Isso ocorre porque, com o fim do regime autoritário no país e o retorno ao modelo de governabilidade democrático, possibilitado por meio da elaboração de uma Constituição e realização de eleições presidenciais, instalou-se no país um pensamento econômico e político neoliberal, que já vinha se consolidando nos países do norte (KRÜGER, 2014, p. 219).

Tal pensamento foi introduzido em razão das forças das elites políticas, econômicas e intelectuais conservadores, que consideravam que a década de 80, muito mais do que qualquer outra, foi marcada pela estagnação econômica, negando que o caráter de mobilização social e popular davam conta da tão pretendida democratização do poder (KRÜGER, 2014, p. 219).

Durante toda a década de 90, os governos de Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso colocaram em xeque os ideais democráticos da década anterior e da Constituição Federal de 1988, definindo-os como empecilhos à governabilidade. Essa afirmação pode ser corroborada até mesmo mediante uma análise rasa do Plano Diretor da Reforma do Estado, criado em 1995, que nas palavras de Tânia Regina Krüger (KRÜGER, 2014, p. 219/220):

[...] não deixaram dúvidas quanto ao novo perfil estatal que o governo brasileiro pretendia e para isto construiu todo um consenso favorável, tendo como parceiras as elites políticas e econômicas. O

Plano da Reforma do Estado propunha quatro pressupostos: redução de tamanho e de funções, pela via da privatização, terceirização e publicização; redução do grau de interferência estatal, repassando a função reguladora em favor de mecanismos de controle via mercado; aumento da governança e retorno da governabilidade, com o aperfeiçoamento da democracia representativa [...].

Esses pressupostos atingiram diretamente o SUS e seu processo de implementação no início dos anos 1990 e aqui o debate retorna mais ao centro do presente trabalho. Ainda em 1990, o então presidente Collor, ao analisar a Lei 8.080 – Lei Orgânica da Saúde, vetou diversos artigos do então Projeto de Lei nº 50, dentre os quais se inserem os artigos 11 e 42, que davam conta, exatamente, da participação popular na elaboração de pautas de saúde pública, estabelecendo as Conferências de Saúde e o Conselho de Saúde enquanto instâncias colegiadas deliberativas (KRÜGER, 2014, p. 220).

Não é novidade que a Constituição de 1988 elevou, ou pelo menos pretendeu elevar, a nossa institucionalidade democrática a um patamar de maior participação social, ampliando o modelo hegemônico de democracia – aquela tida como meramente representativa. Isso se deu em razão da incapacidade comprovada deste modelo de representar devidamente as diferentes culturas, inviabilizando a inclusão efetiva de novos sujeitos políticos na tomada de decisões (MONTEIRO; FLEURY, 2006, p. 220).

Dessa forma, a democracia deliberativa surge como um mecanismo de ampliação da participação dos cidadãos nos debates públicos, mediante a ação conjunta entre instituições

formais básicas da democracia representativa e mecanismos de deliberação, ocasionando uma

nova forma de conceber a relação entre o Estado e a sociedade, com a participação ativa dos cidadãos na esfera pública. Nessa nova concepção democrática, os mecanismos institucionais de participação são introduzidos para alterar a estrutura de poder e criar um espaço de cogestão das políticas públicas. (MONTEIRO; FLEURY, 2006, p. 220).

Para Monteiro e Fleury (2006, p. 220) os conselhos gestores, se utilizados de maneira virtuosa, seriam a maior expressão da democracia deliberativa em nosso ordenamento jurídico, exatamente por prever a possibilidade de descentralização, analisando-se situações de saúde a nível local, contribuindo não somente com o fortalecimento de uma cidadania ativa, mas, ainda, com a democratização do poder público.

Conforme já dito, o setor da saúde foi o pioneiro no desenvolvimento deste novo modelo de democracia, na medida em que previu a implantação de um Sistema Único de Saúde que privilegia a descentralização, ocasionando a criação de duas figuras importantíssimas para o fortalecimento dos debates locais: o secretário e o conselho municipais e estaduais de saúde (MONTEIRO; FLEURY, 2006, p. 220).

Todavia, em que pese a importância e a possibilidade benéfica dos Conselhos de Saúde, em estudo realizado a nível nacional com milhares de secretários de saúde, constatou-se que os conselhos municipais ocupam somente o terceiro lugar entre os atores sociais de maior importância e apenas no que diz respeito à elaboração e execução do orçamento.

Outras figuras são muito mais importantes neste ponto, como a do próprio prefeito, retornando-se à centralização do executivo na determinação das ações. Além disso, constatou-se que, por mais que a influência dos conselhos no processo de decisão tenha aumentado, não foi possível verificar uma gestão compartilhada com a sociedade, dividindo o poder decisório (MONTEIRO; FLEURY, 2006, p. 231).

A inviabilidade de deliberação entre sociedade e gestores ocorre em razão da rejeição por parte destes últimos em considerar a percepção dos usuários do SUS enquanto um saber válido, refutando o saber sensitivo daqueles que vivem as mazelas de um direito à saúde violado por décadas de sucateamento frente à mercantilização da saúde (MACHADO; PINHEIRO; GUIZARDI; LAAI; ASENSI; SILVA. 2006, p. 25).

Dessa forma, as ideias e projetos de melhoria para a saúde que advém da sociedade são jogados à total irrelevância, sendo incapazes de compor o plano deliberativo desenvolvido entre conselhos e o Estado, principalmente personificado na figura do chefe do Executivo. Senão vejamos:

A experiência dos conselhos [...] mostra-nos com clareza que não há como o debate público nutrir-se da transversalidade da atividade, dessa gestão sempre presente no cotidiano dos sujeitos, sem que eles possam recuperar e formalizar, por meio de novos conceitos, seu fazer. Sem isso, os conhecimentos e saberes requisitados e gerados em seu viver cotidiano não tem como “entrar em disputa” política com aqueles que já orientam as práticas nas instituições. (GUIZARDI; PINHEIRO; MACHADO; LAAI. 2006, p. 16)

Em razão do que foi exposto acima é possível constatar então que, em que pese os grandes avanços trazidos pela

previsão da existência de Conselhos de Saúde, a tendência clientelista mantém as decisões políticas centralizadas nas mãos daqueles que detêm o poder ainda de acordo com a teoria hegemônica de democracia, a representativa.

Como já foi dito, o SUS surgiu com o propósito de ser um ambiente institucional democraticamente deliberativo, onde Estado e sociedade dialogassem de forma a buscar os meios mais aptos à efetivação do direito à saúde, previsto na carta constitucional de 1988. Entretanto, com a ascensão do pensamento liberal da década de 90 e ultraliberal nos tempos mais recentes, a saúde passou a ser vista como uma mercadoria apta à exploração por parte do mercado, afastando, também, os cidadãos de suas políticas públicas. Assim sendo:

[...] o SUS perdeu sua radicalidade democrática, não porque seus princípios deixaram de existir, mas devido à interpretações e leituras que se tem feito deles, fazendo com que a saúde passe a ser sinônimo de desenvolvimento na medida em que se reconheça toda a sua dimensão e o potencial de expansão e lucratividade para o mercado.

[...] A participação deliberativa e propositiva (protagonismo popular) vem sendo ignorada e substituída por colegiados consultivos e de monitoramento, e por uma série de inovações institucionais na gestão. (KRÜGER, 2014, p. 225)

Dessa forma, verificamos que o projeto inicial dos fomentadores do Sistema Único de Saúde de alçar a democracia de políticas públicas de saúde ao patamar de deliberativa, restou infrutífera em razão de motivos alheios ao momento de sua criação. Por esta razão, com o intuito de se responder a questão central do presente trabalho, passar-se-á a buscar

um conceito, ainda que não devidamente exauriente, do que seria uma democracia verdadeiramente deliberativa.

2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Inicialmente, cumpre destacar que a teoria desenvolvida por Habermas não é tema de fácil compreensão e elucidação, são diversos os livros escritos pelo mencionado filósofo. Além da extensão dos seus escritos há que se pontuar a profundidade do arcabouço teórico desenvolvido. Dentre os conceitos amplamente trabalhados, insere-se o da *democracia deliberativa*, que se distancia da chamada *democracia hegemônica*.

A democracia hegemônica é aquela que prega que um poder organizado de forma democrática deverá ser exercido por meio das instituições, que terão o papel de representar – e, de certa forma, traduzir – os interesses privados e a relação destes com o poder público. Neste sentido, uma vez que para esta corrente de pensamento a unanimidade é objetivo inalcançável, a legitimidade do poder de governar residiria no respeito à vontade da maioria dos membros de uma determinada sociedade e não de todos (FARIA, p. 47, 2000).

Já a *democracia deliberativa*, também conhecida como *discursiva*, por sua vez, sem se afastar daqueles conceitos típicos da organização do poder em sociedades democráticas – tais como eleições, regra da maioria e tripartição dos poderes –, resgata a necessidade de as decisões do governo serem tomadas a partir do diálogo entre todos os envolvidos,

mediante ampla discussão por meio de fóruns, audiências públicas, que irão possibilitar vasto espaço para debate e negociação (FARIA, p. 47, 2000).

Na perspectiva liberal, a única forma de se efetivar o processo democrático é por meio do direito geral e igual ao voto, que irá se dar na forma de *compromisso de interesses*. Assim sendo, a composição representativa das instituições parlamentares é mecanismo essencial à realização da chamada *democracia convencional*. Já a *interpretação republicana* pressupõe que a democracia deverá passar pela realização da vontade popular, vontade esta que é obtida mediante um *auto-entendimento ético-político*, fruto de intensas deliberações no seio social e que se dá, de acordo com o mencionado autor, por vias culturais, tratando-se de uma prática de renovação do *ato de fundação da república* (HABERMAS, 2003, v. II, p. 19).

A teoria do discurso não se restringe a nenhum dos dois modelos apresentados, na verdade assume aspectos típicos de ambos. Para tal teoria, a efetivação da política deliberativa não dependerá somente da capacidade dos cidadãos de agirem coletivamente, mas sim da criação, por via das instituições, de processos e espaços para que haja efetiva comunicação. É necessário, dessa forma, que existam *deliberações institucionalizadas*, que seguirão um procedimento estabelecido pelos órgãos do Estado, mas também é essencial que exista a possibilidade de formação de opiniões de modo informal. Há, dessa forma, uma ligação entre o *sistema político* e as *redes periféricas* (HABERMAS, 2003, v. II, p. 21).

A partir desse pressuposto, percebe-se uma descentralização do poder público estatal, posto que deixa de existir o ideal do sujeito público agindo em prol de um objetivo previamente construído, bem como abandona-se a concepção de existência de normas construídas e impositivas de forma vertical, portanto não dialógica, a todos os membros de uma determinada sociedade (HABERMAS, 2003, v. II, p. 21). Neste sentido, Habermas (2003, v. II, p. 23) explica que o sistema político

[...] constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, orientá-lo.

Então, o que se compreende a partir do trecho mencionado é que, para Habermas, o sistema político continua detendo o poder de ação, todavia, os atos praticados pelo poder público devem (ou pelo menos deveriam) ser orientados pelas decisões tomadas no seio de uma sociedade de opiniões construídas em ambientes institucionalizados de diálogo, que irão viabilizar a construção de um processo verdadeiramente democrático, que, para o mencionado autor, é a manifestação *intersubjetiva* da verdadeira soberania do povo (HABERMAS, 2003, v. II, p. 21-22).

Habermas atribui à comunicação papel essencial para efetivação do princípio democrático, não mais a partir da

perspectiva liberal ou republicana, mas sob o viés de uma terceira forma de democracia, desenvolvida a partir de um agir comunicativo e deliberativo. Dessa forma, a linguagem assume papel central em suas obras, principalmente em “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”, em que o mencionado autor se dedica ao estudo da *filosofia da linguagem*. Sobre a importância do diálogo para o ideal democrático pensado pelo autor alemão em comento, Erick Beyruth de Carvalho (2017, p. 349) afirma que

[...] o diálogo e a deliberação tem [*sic*] papel importante na tomada de decisões e na formulação de políticas e do direito, concluindo-se que uma decisão só é legítima se todos aqueles afetados possam dar o seu consentimento efetivo mediante um processo apto e democraticamente regulado. Isto posto, nesta obra, Jürgen Habermas uni [*sic*] duas ideias principais: a racionalidade da linguagem e o ideal de emancipação. Diante disso, os recursos comunicacionais tornam-se veículo de emancipação do cidadão.

O próprio termo *democracia deliberativa* já resume, de certa forma, grande parte do pensamento central sobre a teoria em comento. O conceito de democracia reside em um regime político em que os cidadãos têm condições de, ativamente, participarem da vontade do Estado e do Governo, da tomada de decisões por parte do Poder Público, enquanto o significado de deliberação remonta à diálogo, debate, reflexão, ou, ainda, uma decisão tomada por meio de discussão, após reflexões e consultas compartilhadas (CARVALHO, 2017, p. 353).

Tal forma de democracia só pode ser construída a partir da existência de um espaço, não necessariamente físico, de

discussão de ideias. A este espaço Habermas dá o nome de *esfera pública*, dizendo que:

[...] A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. [...] A esfera pública se reproduz através do agir comunicativo [...] A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 2003, v. II, p. 92).

Estas discussões, como já dito, podem se dar em espaços formais, como os Parlamentos e Tribunais, e informais, que seriam associações, na mídia, na imprensa, e, inclusive, por meio da rede mundial de computadores, a *internet* (CARVALHO, 2017, p. 356).

Ademais, em que pese a existência das duas formas de esfera pública, a saber, a organizada e a geral, a última é um meio de comunicação irrestrito, local em que os conflitos sociais são percebidos de forma mais sensível, as necessidades são compreendidas de forma mais aproximada e os discursos podem ser construídos de forma mais ampla e expressiva, com o objetivo de se facilitar a autocompreensão. Já na esfera pública procedimentalmente organizada, aquela que se dá dentro do contexto das instituições, o processo é regrado e controlado, tornando-se menos “vulnerável aos efeitos repressivos e exclusivistas do poder social desigualmente distribuído” (FARIA, 2000, p. 52).

É necessário que o sistema político esteja ligado às redes periféricas da esfera pública. É exatamente a junção destas duas formas de procedimentos democráticos que irá estruturar os mecanismos de formação da vontade e da opinião popular, direcionadas à solução cooperativa de questões práticas vivenciadas pela sociedade, por meio da negociação de compromissos justos (FARIA, 2000, p. 51).

2.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A BUSCA PELA VERDADE

De forma inicial, cumpre ressaltar que, em que pese o título do presente capítulo, o diálogo popular essencial à efetivação de uma democracia que se pretenda deliberativa não se dará com o intuito de se confirmar socialmente uma verdade que é pretendida pelo governante, pelo contrário, é através deste procedimento coletivo que se buscará a verdade prática, que deverá orientar a ação política. Dessa forma, a deliberação é uma busca pela verdade, que refuta a existência de uma verdade *a priori* (BARZOTTO, 2005, p. 40).

No que diz respeito à existência ou não de uma verdade política, existem, basicamente, três correntes filosóficas divididas entre: i) aqueles que defendem a existência de uma verdade na política que excluiria qualquer necessidade de diálogo; trata-se do pensamento suscitado, inicialmente, por Platão; ii) outros que sustentam que a verdade é conceito estranho ao universo político, havendo, tão somente, o fenômeno da persuasão e retórica, em que os argumentos são tidos como válidos, e portanto justos em uma determinada questão, em razão das capacidades discursivas do locutor; este pensamento é defendido pelos chamados sofistas; iii)

e, por fim, existem aqueles que, como Aristóteles, acreditam que, exatamente por dizer respeito à vida humana, a política está intrinsecamente relacionada à ideia de verdade, todavia esta não existe de forma previamente conhecida, somente podendo ser alcançada no campo prático-político através de práticas deliberativas (BARZOTTO, 2005, p. 39-40).

A crítica central que surge ao se tratar da democracia deliberativa diz respeito, exatamente, à pluralidade de opiniões existentes em sociedades tão diversas como as típicas dos Estados do século XXI. E é por isso que, para os defensores da democracia deliberativa, a busca pela verdade deverá ter como norte a submissão destas opiniões a exames, sendo estes realizados mediante o confronto com outras opiniões. Neste sentido é o entendimento de Luís Fernando Barzotto, para quem, na democracia deliberativa “a busca pela verdade prática deve ser feita considerando-se a prudência que se faz presente onde os homens colocam-se em conjunto, a perguntar-se e a discutir, a partir de opiniões, sobre a ação correta” (BARZOTTO, 2005, p. 42).

A partir desta questão percebemos que a verdade deverá ser buscada mediante o confronto de opiniões, opiniões estas que são muitas vezes obtidas a partir da vivência dos membros de uma determinada comunidade. Desta forma a verdade, que é prática, é definida por Aristóteles como prudência (*phronesis*), e deverá ser orientada a buscar sua finalidade, seu *telos*. Assim sendo, a ação correta será aquela que for capaz de efetivar a finalidade do ser humano. Vejamos o que ensina Luís Fernando Barzotto a respeito da verdade prática traçada por Aristóteles (BARZOTTO, 2005, p. 43):

[...] a determinação da ação correta no caso concreto se dá em consonância com a realização do *telos* humano. A ação (política, moral, jurídica) correta é aquela que aproxima o homem à realização da sua finalidade, a *eudaimonia*, a vida boa para o homem, a vida feliz. [...] O homem dotado de razão prática, o prudente, é capaz de elaborar juízos verdadeiros sobre o curso de ação que deve ser adotado em cada circunstância, tendo em vista a realização da vida boa.

Dessa forma, ao se deparar com uma situação concreta, será justa e correta aquela decisão que, a partir da busca por uma verdade prática, for capaz de cumprir a finalidade do ser humano, qual seja: a realização de uma vida boa, que nada mais é do que viver com dignidade, tal como preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Esse processo deliberativo somente pode se dar em um regime em que se esteja aberto às razões de outrem, é exatamente por isso que deliberar somente é possível em uma democracia. Quando esta democracia estiver obstinada a buscar a verdade prática, será chamada de deliberativa, que pressupõe a racionalidade do diálogo e a possibilidade dos cidadãos unidos ponderarem argumentativamente sobre ações e decisões coletivas (BARZOTTO, 2005, p. 44). Neste mesmo sentido é o entendimento de André Ramos Tavares, para quem:

A democracia deliberativa exige, essencialmente, que os participantes dialoguem entre si e estejam abertos aos argumentos contrários aos seus pontos de vista, recebendo-os para aceitá-los ou refutá-los de maneira racional e convincente. Isso exige que se levem a sério os argumentos dos adversários [...] e que haja um certo “policiamento” quantos aos argumentos próprios que serão apresentados (TAVARES, 2007, p. 80).

Tal racionalidade vai muito além de mera característica da política, é requisito essencial para existência de uma *polis*. Sem a possibilidade de discutir sobre algum tema, avaliando se determinada decisão política é boa ou má, justa ou injusta, não haverá cidade. Ademais, aqueles que não podem participar do discurso político se encontram, de fato, fora da própria *polis* (BARZOTTO, 2005, p. 46-47).

É exatamente por esse motivo que em governos tiranos não se pode considerar a existência de uma comunidade política completa, por faltar ao tirano a capacidade de reconhecer no outro um igual apto a convencê-lo a colocar em xeque suas opiniões. Luís Fernando Barzotto adverte que ao tirano é impossível “conversar seriamente com alguém sobre o que é justo fazer, ou como se deve governar, porque isso implicaria elevar o interlocutor a um plano de igualdade, submetendo sua posição ao exame crítico de outrem mediante o diálogo” (BARZOTTO, 2005, p. 47).

Para além da tirania, regime em que o governo é exercido em benefício do governante, uma forma deturpada da monarquia, segundo Aristóteles, há, ainda, duas formas pervertidas de regimes, são eles: i) a democracia, em que o poder é exercido por muitos em favor dos governantes; ii) oligarquia, que o poder é exercido por poucos em benefício dos que detém o poder público (BARZOTTO, 2005, p. 49-50).

Para o mencionado autor, ao conhecido critério numérico – dividido entre apenas um, alguns, ou vários governantes – é somado o critério valorativo, que pode ser compreendido a partir da análise da finalidade, ou objetivo, com o qual o poder é exercido. Se o governo se der em favor do bem comum, do

telos humano, estar-se-á frente à forma pura do regime, que poderá ser considerado *reto* e íntegro. Todavia, se a busca se restringir aos interesses daqueles que governam haverá verdadeira perversão do regime político, que poderá ser considerado corrompido (BARZOTTO, 2005, p. 49).

3 SAÚDE E NÃO PARTICIPAÇÃO POPULAR: EXEMPLO PRIVILEGIADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NÃO DEMOCRÁTICAS

Nos capítulos anteriores tratou-se de apresentar o contexto de criação do Sistema Único de Saúde – SUS e como seu processo de criação e regulamentação, via leis posteriores, visava a criação de um sistema democrático, participativo, aberto à discussão e deliberação popular.

O SUS surge como um forte anseio por parte de diversos setores sociais organizados, mas, também, pelo clamor da sociedade que se via à margem dos seus direitos mais básicos: vida, integridade física e dignidade, todos diariamente violados em razão da inexistência de um mecanismo apto à efetivação do seu direito à saúde.

Muito além de um projeto de governo feito de forma linear e estática, o Sistema Único de Saúde foi elaborado tendo por foco norteador os direitos e garantias fundamentais, não apenas os individuais, mas também os direitos de participação democrática, o direito de intervir, enquanto sociedade organizada, nas decisões a serem tomadas em uma comunidade política democraticamente organizada.

Foi exatamente por esta razão que foi criado, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Conselho Nacional de

Saúde – CNS. Essa instância colegiada permanente, formada por quarenta e oito conselheiros, tem por objetivo “fiscalizar, acompanhar e monitorar as políticas públicas de saúde nas suas mais diferentes áreas, levando as demandas da população ao poder público, por isso é chamado de controle social na saúde” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2020).

Todavia, em que pese a existência de um conselho organizado para discussão de políticas públicas, com a participação de alguns setores sociais, as deliberações do CNS não têm por condão a capacidade de criar ou estabelecer normas organizacionais do SUS, tal como o faz o Ministério da Saúde por meio de portarias.

Conforme já dito, a democracia deliberativa entende que uma verdadeira democracia deve se propagar para muito além do momento do voto, da eleição de representantes, do direito de eleger e se candidatar à eleição. Uma democracia real deve abarcar, também, a capacidade de deliberar publicamente sobre questões a serem decididas pelo poder público. Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2007, p. 104):

[...] a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes [...] deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas.

[...] Todos devem poder participar. [...] Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir [...] não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais.

Ora, além dos limitados poderes conferidos ao Conselho Nacional de Saúde pela Lei 8.142/1990, o restrito número

de conselheiros, apenas quarenta e oito, não tem a capacidade de permitir a expressão dos pontos de vista de mais de 200 milhões de brasileiros, que são renegados à posição de meros destinatários das decisões tomadas no âmbito da saúde pública.

Como demonstrativo da incapacidade de deliberação adequada, pode-se destacar um dado isolado, mas que está intrinsecamente relacionado ao exemplo privilegiado que se trará a seguir: o Conselho Nacional de Saúde – CNS conta com a presença de somente um representante da comunidade LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais ou transgêneros, queer, intersexo, assexual e todas as diversas possibilidades de orientação sexual e/ou de identidade de gênero que existam), que nem sequer faz parte da mesa diretora do mencionado órgão⁵.

É imperioso que seja observado o princípio democrático, inclusive respeitando a minoria e assegurando-lhe o direito de participar e expressar livremente sua opinião, podendo influir e até mesmo transformar a decisão majoritária, procedimento indispensável em um pluralismo político (PEDRA, 2010, p. 51).

Somado a isso, como já demonstrado em capítulo anterior, os Conselhos de Saúde não têm dado conta de efetivar uma democracia deliberativa de fato, dada à predominância da força dos chefes do executivo, que manipulam o debate político, utilizando os conselhos quando necessário à validação

⁵ Trata-se de José Felipe dos Santos, membro da Articulação Brasileira de Gays – ART-GAY, conforme consta da composição disponível na página do Conselho Nacional de Saúde: <http://conselho.saude.gov.br/expediente/Composicao_CNS.pdf>.

de alguma decisão anteriormente tomada exclusivamente por parte do Estado.

Neste contexto de decisões tomadas sem a participação popular, podemos citar como exemplo privilegiado a Portaria nº 1.353, de 13 de junho de 2011, que, em seu anexo, mais precisamente no artigo 34, §§ 11, inciso IV, alínea “d”, estabelecia como inaptos à doação de sangue pelo período de 12 (doze) anos “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

Este dispositivo nada mais é do que a confirmação a nível estatal do preconceito consistente na alegação de que homossexuais do sexo masculino (gays) estão mais suscetíveis de serem “infectados” por doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a HIV/AIDS. Esse argumento falacioso não é novidade para ninguém e vem sendo corroborado pela sua repetição na vida social (PRATA; PAZÓ; DUARTE, 2016, p. 35).

Com o intuito de trazer à luz a profundidade preconceituosa do dispositivo mencionado, exemplifica-se o que acontecia na prática dos centros de recebimento de sangue: se um homem com relacionamento sexual exclusivo com outro homem em uma relação monogâmica e estável se dispusesse a doar sangue, após o questionário realizado pelo profissional, este seria impedido de realizá-lo ou, até mesmo, o faria, mas seu sangue seria descartado logo após, sem que tivesse sido feito qualquer exame laboratorial. O mesmo não aconteceria com um homem heterossexual em “iguais” condições.

De acordo com o artigo 3º, inciso IV, da CF/88, constitui objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito ou discriminação. Exatamente por esta razão, em 2016 o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543, com o intuito de se obter a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Após exaustivo processo judicial, com a participação ampla de órgãos da sociedade civil, dentre os quais a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS, entre outros, por maioria (7x4) os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

A decisão do STF está, em nosso entender, materialmente conforme os preceitos constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico. Todavia, o que aqui se discute é a forma como tal norma foi elaborada e a necessidade de um processo judicial na Suprema Corte brasileira para se declarar norma claramente violadora de direitos fundamentais enquanto inconstitucional.

A Portaria nº 1.353, do Ministério da Saúde, é datada de 2011. Até a declaração da inconstitucionalidade de vedação de doação de sangue por gays é importante ter-se em mente a enorme quantidade de bolsas de sangue que foram descar-

tadas, vidas perdidas por restarem ausentes doadores aptos à doação, constrangimentos infinitos a indivíduos exclusivamente em razão de suas orientações sexuais “desviantes”.

Importante ressaltar que os dispositivos atacados não foram elaborados em processo legislativo, em que há, ainda que mínima, deliberação por parte do Parlamento. Trata-se de portaria do Ministro da Saúde, auxiliar do Presidente da República, bem como de resolução de entidade reguladora vinculada ao mesmo Ministério, ainda que dotada de autonomia normativa.

Faz parte da elaboração de um diploma legislativo que os indivíduos deliberem sobre o mesmo, para que saibam e tomem decisões sobre o que se submeterão, ainda que suas opiniões, expostas de forma pública, livre e igual, não saiam “vencedoras”. No presente caso não houve, sequer, deliberação por parte daqueles que foram eleitos a partir de uma democracia representativa. Neste sentido, André Ramos Tavares esclarece que:

[...] o conteúdo das leis em geral (momento decisório do Parlamento) deveria ser realizado em termos deliberativos. Os cidadãos deveriam discutir – em termos deliberativos – acerca do mais adequado conteúdo das leis ou decisões que irão vincular. [...] a abertura de um espaço deliberativo na formação das leis ou decisões que vincularão os participantes já oferece uma (convincente) razão para que estes sujeitos se sintam obrigados a seguir essas leis [...] Nem mesmo a instituição de referendos públicos (momento áureo de uma democracia participativa) seria mais importante do que a abertura das instituições ao diálogo. (TAVARES, 2007, p. 80)

A ausência de qualquer debate no momento da elaboração da norma poderia ter sido suprida em sede dos Conselhos Municipais, Estaduais e, principalmente, Nacional de Saúde, ou por meio de Conferências, enfim, espaços organizados em que a sociedade tivesse a possibilidade de analisar os argumentos que justificavam ou refutavam a previsão desta vedação.

A judicialização desta questão, assim como vem acontecendo em muitas outras questões “polêmicas” envolvendo direitos de minorias, acaba por colocar em xeque a legitimidade do Poder Judiciário, ainda que na posição de Corte Constitucional, assumir para si a responsabilidade e o poder de definir o que é certo e errado. Isto ocorre porque, conforme o supracitado autor sustenta: “O processo judicial não tem como preocupação a verificação das distintas razões admissíveis e uma aproximação das mesmas” (TAVARES, 2007, p. 94).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Único de Saúde – SUS tem desde seu embrião um viés democrático de construção das políticas públicas de forma conjunta, prevendo a possibilidade de deliberação e ambientes de diálogos perenes entre Estado e Sociedade. Dentre estes espaços organizados de deliberação se inserem os Conselhos de Saúde, instâncias colegiadas, deliberativas e permanentes e que integram a estrutura organizacional do Ministério da Saúde.

Todavia, em razão do limitado poder conferido aos conselhos, a força dos chefes do Executivo na tomada de decisões (causada pela ainda predominante visão clientelista

e paternalista do poder) e o desvirtuamento das próprias atividades típicas do conselho, a sociedade se viu aquém de uma participação realmente efetiva nas políticas públicas de saúde.

Esse distanciamento da sociedade das decisões políticas tomadas exclusivamente pelos governantes tem sido um dos fatores constitutivos da crise de representatividade vivenciada no Brasil no século XXI, mas, muito além disso, tem sido motivo de violações reiteradas a direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se insere, exatamente, o direito à saúde.

A necessidade de ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal para obter a declaração de inconstitucionalidade de norma claramente discriminatória e violadora da dignidade de um grupo minoritário (homens gays), é exemplo apto a demonstrar que a elaboração de normas regulamentadoras, independente de sua natureza, sem a participação popular estão fadadas ao insucesso, ou, em casos ainda piores, serem usadas como mecanismo de opressão.

Uma sociedade verdadeiramente democrática não pode se restringir ao seu modelo representativo de eleição de governantes, ou à possibilidade de ajuizamento de ações frente ao Poder Judiciário pleiteando a declaração de inconstitucionalidade de determinado diploma legal. Deve, mais do que isso, prever espaços perenes para deliberação popular, onde os indivíduos possam, de maneira livre, igual e pública, expressar os mais diversos pontos de vista sobre matéria que é do interesse de todos.

Não resta dúvida que o SUS é uma conquista que deve ser diariamente celebrada, mas este deve ser posto em prática a partir dos seus princípios democráticos, sob pena de se utilizar a saúde como objeto suscetível de exploração pelo Mercado e opressão daqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade, não apenas por não possuírem uma saúde de qualidade, mas, principalmente, por não terem voz nos espaços públicos de tomadas de decisão.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luís Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO, Erick Beyruth de. A democracia deliberativa em Jürgen Habermas: desenvolvimento e crítica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 25, v. 100, mar.-abr., 2017. p. 346-362.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Apresentação**. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm>> Acesso em 24 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Segmento Usuário**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/expediente/Composicao_CNS.pdf> Acesso em 24 ago. 2020.

FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a04n50.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2020.

GUIZARDI, Francini Lube; PINHEIRO, Roseni; MACHADO, Felipe Rangel de Souza; LAAI, Tatiana de. Participação, democracia institucional e competência: algumas questões sobre os modos de produção de gestão no SUS. *In*: PINHEIRO, Roseni; FERLA, Alcindo Antonio; MATTOS, Ruben Araujo de. (Org.). **Gestão em redes: tecendo os fios da integralidade em saúde**. Rio de Janeiro: EdUCS: IMS/UERJ:CEPESQ, 2006. p. 09-23.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

KRÜGER, Tânia Regina. SUS: da perda da radicalidade democrática ao novo desenvolvimentismo. **R. Katálysis**. Florianópolis, v. 17, n. 2, jul./dez. 2014, p. 218-226.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francini Lube; LAAI, Tatiana de; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA, Thiago Bruno S.V. da. Novos espaços e estratégias na gestão em saúde pública: notas sobre parcerias entre Conselhos de Saúde e Ministério Público. *In*: PINHEIRO, Roseni; FERLA, Alcindo Antonio; MATTOS, Ruben Araujo de. (Org.). **Gestão em redes: tecendo os fios da integralidade em saúde**. Rio de Janeiro: EdUCS: IMS/UERJ:CEPESQ, 2006. p. 25-36.

MONTEIRO, Maria Gabriela; FLEURY, Sonia. Democracia deliberativa nas gestões municipais de saúde: Um Olhar Sobre os Conselhos Municipais em Saúde. **Saúde em Debate**, v. 30, p. 219-233, 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; MORAES, Diego Pimenta. A criação de microrregiões como critério preponderante na fila única de transplantes de órgãos: uma proposta de participação popular por aproximação. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, nov.2010/fev.2011, p. 155-173.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Participação popular no poder local: o papel do cidadão no aprimoramento das decisões do Executivo e do Legislativo municipal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 100, p. 29-55, jan./jun. 2010.

PRATA, Carlos Fernando Poltronieri; PAZÓ, Cristina Grobério; DUARTE, Daniel Nascimento. Transmissão consentida do vírus HIV: análise acerca da responsabilidade penal do agente. **Derecho y Cambio Social**. Lima-Peru: n. 44, ano XIII, 2016. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/TRANSMISSAO_CONSENTIDA_DO_VIRUS_HIV.pdf> Acesso em 24 ago. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 MC/DF**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho645042/false>> Acesso em 24 ago. 2020.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

A presente obra possui como temática a tensão constitutiva que se faz presente na relação entre os direitos fundamentais e a democracia, com a observância de seus consequentes desdobramentos em diferentes searas do conhecimento. Ela foi possibilitada graças ao esforço comum de seus organizadores que, na liderança de seus respectivos Programas de Pós-Graduação em Direito, reuniram os textos que compõem a presente coletânea. Também é importante registrar que ela decorre dos frutíferos trabalhos em cooperação hauridos no contexto da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia. O livro abrange diferentes temáticas, que seguem o fio condutor da prolífica tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Bruno Meneses Lorenzetto

Elda Bussinguer

Robison Tramontina

ISBN 978-65-88555-04-0



9 786588 555040