

Parte I

Governança democrática, legalidade e segurança jurídica

Consensualidade nos processos administrativos: adoção de negócios processuais como instrumento de democratização das decisões

*Andrielly Calheiros Ribeiro*¹

*Roberta Cruz da Silva*²

Introdução

O presente estudo discutirá possíveis hipóteses de negociação no âmbito de processos administrativos, apresentando possíveis limites que devem ser observados durante esta atuação.

A atividade estatal é exercida pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo estes independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o artigo 2º da Constituição da República³.

Em seu viés gestor, a atividade Executiva do Estado pauta-se na administração de interesses da coletividade, sempre em prol ao interesse público. Assim, tem-se a Administração Pública como um conjunto de agentes, órgãos e entidades que atuam, por meio das prerrogativas

¹ Acadêmica de Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da UNICAP (PIBIC). Pesquisadora do Grupo GEDA (UNICAP/CNPQ). Monitora da Disciplina Direito Administrativo II.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bacharela e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Docente na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)/Bacharelado em Direito e Especialização em Direito Tributário; e nas pós-graduações da Escola Superior da Magistratura Trabalhista (ESMATRA VI); da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA/PB); do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS); e da Faculdade Egas Moniz. Pesquisadora do Grupo GEDA (UNICAP/CNPQ). Advogada.

³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

asseguradas pelo regime jurídico administrativo, de modo a alcançar o interesse público, devendo seguir, entre outros, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no artigo 37 da Carta Magna em vigor⁴.

Em sua atuação, a Administração Pública necessita praticar diversos atos administrativos, os quais, muitas vezes, constituem processos administrativos, entendendo-se este como o conjunto formal de atos, com fulcro em uma relação jurídica entre a Administração e o particular/servidor, através do qual se chegará a um ato administrativo final, que emana a vontade estatal.

Com efeito, os processos administrativos são regidos, em âmbito Federal, pela Lei 9.784/1999, que traz disposições gerais aplicáveis à Administração Pública Federal, direta e indireta. Contudo, também são aplicadas a tais processos, de forma supletiva e subsidiária, as normas do Código de Processo Civil, naquilo em que forem compatíveis com regime jurídico-processual administrativo, segundo o artigo 15 do referido Código⁵.

Por ato contínuo, com a vigência do novo Código de Processo Civil e sua aplicação aos Processos Administrativos, surgiram questionamentos em relação à aplicação de institutos do novo código no âmbito administrativo, advindo indagações, principalmente, acerca do tema da processualidade administrativa, ou seja, a compatibilidade, ou não, das normas processuais civis com o processo administrativo, uma vez que, este último pauta-se, sempre, na busca do interesse público, possuindo, para tal, prerrogativas de império.

Desse modo, com a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, previstos no artigo 190 do Código Processual Civil⁶,

⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁵ BRASIL. *Lei 13.105, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

⁶ BRASIL. *Lei 13.105, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

questiona-se a legitimidade da Administração Pública como possível destinatária da cláusula geral de negociação, e se por meio desta se alcançará uma maior participação da coletividade nas decisões proferidas pelo Poder Público.

O problema doutrinário consiste em saber se a negociação processual é compatível com o regime jurídico-processual administrativo, e em caso positivo, como esta poderá ser aplicada, tendo em vista que a Administração Pública tem sua atuação pautada, entre outros, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público.

Neste sentido, sem o intuito de esgotar as exposições a respeito do tema, será estudado o processo administrativo através da exposição de seu conceito, princípios, tipologias e disciplina legal, para, então, se fazer possível identificar em qual (is) processo (s) será possível aplicar a negociação processual, apontando-se quais limites devem ser observados, e se esta conduta poderá acarretar benefícios para a Administração Pública, analisando-se o viés democrático da aplicação deste instituto processual.

Ressalte-se que, apesar de ser objeto de discussões doutrinárias, também é um tema de grande relevância prática para a Administração Pública, e, ainda, uma matéria relativamente recente, que carece de maiores contornos legais.

Adotando o método hipotético-dedutivo, partiu-se da suposição de que é possível que a Administração Pública adote o instituto da negociação processual, previsto no artigo 190, com fundamento no artigo 15, ambos do Código de Processo Civil, para, assim, identificar em quais tipos de processos administrativos é possível utilizar-se de negociação processual. Essa hipótese será testada no decorrer da pesquisa.

Ainda no tocante à metodologia empregada neste artigo, procurou-se utilizar a análise e revisão bibliográfica da doutrina referente ao assunto, e o arcabouço legal, como a Constituição da República, a Lei Federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), e a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

1. Processo administrativo: contornos da expressão e princípios regentes

Com o objetivo de melhor entender o que vem a ser o processo administrativo, faz-se mister expor o conceito da expressão “*processo*”, que não está ligada, apenas, à ideia de processo judicial, como se passará a expor.

A expressão “*processo*” tem sua origem no latim, sendo composta pelo prefixo *pro* (à frente, para diante), e pelo radical *cedere* (ir, caminhar). Segundo à sua etimologia, “*processo*” está ligado a percurso, avanço, ou seja, remete a uma ideia dinâmica, de algo que caminha para o futuro. Não se trata de um termo exclusivamente jurídico, mas, sim genérico, um conjunto de atos, em constante desenvolvimento, um modo de proceder, que persegue um determinado fim⁷.

Tradicionalmente, o termo “*processo*” esteve associado apenas à função jurisdicional do Estado, não sendo sequer pensado no âmbito do Direito Administrativo⁸. No entanto, hoje compreende-se que, trata-se de um instrumento autônomo do Direito que é exercido tanto no âmbito da função jurisdicional (processo judicial), cujo objetivo final é uma sentença; como na função legislativa (processo legislativo), tendo a produção de uma lei como seu fim; e, na função executiva (processo administrativo) que objetiva a produção de um ato administrativo final.

Neste diapasão, pode-se conceituar o processo administrativo como “[...] o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração”⁹. Sendo, ainda, um meio de exercício e garantia de direitos dos particulares, que poderão, por meio do processo,

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 159.

⁹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1008.

interferir na formação da vontade estatal, assegurando segurança jurídica, adequação e efetividade de direitos, contribuindo para que a Administração chegue ao seu objetivo de assegurar o interesse público¹⁰.

Diferente do que ocorre no processo judicial, que se pauta na existência de uma lide, o processo administrativo nem sempre será baseado na existência de um conflito de interesses, uma vez que implica no desempenho de uma atividade no âmbito da função executiva, evidenciando, portanto, a importância e relevância deste instituto na tutela dos direitos dos administrados frente às prerrogativas da Administração Pública, sendo, não apenas, uma ferramenta de dirimir controvérsias, mas, um meio de participação democrática do cidadão.

Concernente à nomenclatura a ser utilizada, se “*processo*” ou “*procedimento*”, embora alguns doutrinadores utilizem o termo “*procedimento*” para se referirem ao “*processo*” administrativo, ambos não se confundem.

O procedimento relaciona-se com o meio, o instrumento, que o processo se utiliza para alcançar o seu fim, sendo entendido como um conjunto ordenado de atos, enquanto que o processo “[...] implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual”¹¹.

Neste sentido, processo e procedimento não podem ser entendidos como figuras antagônicas, mas interligadas, ao passo que todo processo pressupõe um procedimento, ou seja, uma marcha processual, uma tramitação de atos, e, todo procedimento só existe dentro de um processo, que compreende uma relação jurídica entre sujeitos interessados.

Com efeito, o *processo* administrativo é caracterizado, sobretudo, por uma atuação dos interessados sob o crivo do contraditório¹².

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 73.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 160.

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 160.

Deve-se ressaltar o inciso LV, do artigo 5º da Constituição da República que preceitua: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹³, corroborando com a utilização do termo “*processo*” para o instrumento formal pelo qual a função administrativa exerce suas atividades, além de confirmar que neste deverá ser observado os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ou seja, o *processo* administrativo pode ser visualizado com um ambiente pautado no contraditório e, portanto, na participação dos interessados. Assim, embora o ato administrativo seja praticado unilateralmente pela Administração, a sua formação, passa por um procedimento que possibilita a participação do cidadão, seja na elaboração inicial do ato, ou, pela impugnação do ato formado, tornando possível o controle e influência da coletividade nos atos da Administração Pública.

Nesse contexto, os princípios que informam o Processo Administrativo são previstos na Constituição da República, bem como na Lei 9.784/1999, que no artigo 2º, *caput*, menciona a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; além de outros que decorrem da doutrina, jurisprudência, ou implicitamente da lei¹⁴.

O princípio do contraditório, relevante, sobretudo, quando se estabelece uma relação entre Administração Pública e o cidadão ou agente público, deve ser, obrigatoriamente, observado nos processos que atingem a esfera jurídica de terceiro. Neste sentido, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, institui que o contraditório deverá ser aplicado tanto aos processos judiciais quanto aos administrativos, sendo também

¹³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹⁴ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

mencionado, expressamente, este princípio no artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999¹⁵.

Segundo Carvalho Filho, este princípio só incide sobre os processos administrativos litigiosos, ou seja, aqueles em que existe uma lide suscetível de apreciação e decisão, não recaindo, portanto, sobre os processos não litigiosos como o de sindicância prévia de mera averiguação¹⁶.

É pelo princípio do contraditório que se garante ao indivíduo “[...] a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos”¹⁷. Trata-se, pois, de um direito de contestação e impugnação de atos.

Outro princípio expresso na Constituição da República de 1988 e na Lei 9.784/1999 é o da ampla defesa. Esse princípio se traduz no direito de busca à “[...] preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem”¹⁸. É, pois, o direito do acusado de elaborar a sua defesa de maneira ampla, ou seja, mediante todos os meios admitidos em direito, seja atuando por conta própria, seja representado por advogado, através da produção de provas, entre outros.

Partindo-se da premissa de que o processo é um instrumento para aplicação da lei¹⁹ tem-se a razoável duração do processo, que está expressa no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988²⁰, e que se relaciona à ideia de eficiência, ao buscar que o processo administrativo tenha sua tramitação de modo célere para que se obtenha a efetiva prestação buscada no menor tempo possível. Ressalte-se que a duração razoável do processo “[...] não implica sacrifício do contraditório, ampla

¹⁵ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

¹⁶ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1013.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 164.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 165.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 876.

²⁰ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

defesa, devido processo legal, pautando-se pela proporcionalidade a conciliação de todos”²¹.

A oficialidade, por sua vez, preceitua que a Administração Pública poderá proceder com a instauração do processo *ex-offício*, ou seja, independentemente de provocação dos interessados, e ainda impulsioná-lo para que se chegue à decisão final. Neste ponto, diferencia-se o processo administrativo do processo judicial, pois este último sempre será instaurado por iniciativa das partes, no qual somente após iniciado se seguirá por impulso oficial. Ademais, a oficialidade surge do dever da Administração em “[...] satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins”²².

A aplicação do princípio da oficialidade não prejudica as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois, retrata, principalmente, “[...] a responsabilidade da Administração pelo andamento regular e contínuo do processo, independentemente de provocação dos sujeitos”²³.

Outro princípio de grande relevância é o do formalismo foderado, também denominado de informalismo, pois, o processo administrativo é formal, no sentido de ser reduzido a termo e documentado, e informal em que pese não estar sujeito a formas rígidas. ²⁴ Consiste na “[...] na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa”, e ainda “[...] na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo”²⁵.

²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 869.

²³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 871.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167.

Segundo os incisos VIII e IX, artigo 2º, da Lei nº 9.784/1999²⁶ somente será exigido maior formalismo quando for necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares, servindo de exemplo os processos disciplinar e tributário.

Tem-se, ainda, o princípio da verdade material ou verdade real, que prescreve que a Administração Pública não deve satisfazer-se com a verdade dos autos, ou seja, com a verdade formal, mas, deverá buscar efetivamente a verdade real, àquela que resulta dos fatos, tais como ocorreram na realidade²⁷.

2. Tipologias do processo administrativo

Não se observa, na doutrina pátria, uniformidade em relação a classificação dada aos processos administrativos, isso ocorre, porque os objetivos deste tipo de processo são variáveis, possibilitando que, a depender do enfoque dado pelo doutrinador, surjam várias categorias de classificação.

Segue-se para a abordagem das classificações ou tipologias propostas por dois doutrinadores que muito ensinam em relação ao tema de Processo Administrativo, o que permitirá averiguar diferentes visões acerca da mesma matéria, visto que cada doutrinador leva em consideração critérios classificadores diferentes.

2.1 Tipologia de acordo com os direitos fundamentais tutelados pelo processo

Apresentando, a princípio, a classificação sistematizada por Moreira²⁸ haveria três categorias de processos administrativos encontradas na atualidade.

²⁶ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 168.

²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 77-79

Na primeira categoria destacam-se os processos que atingem ou podem atingir direito fundamental de primeira dimensão: a propriedade e a liberdade. É o tipo tradicional de processo no qual o particular defende seus direitos em face da Administração, em relação a um ato já praticado ou a praticar. O objetivo do particular, neste tipo de processo, é impedir ou limitar a ação estatal, prevenindo ou afastando um dano subjetivo, ou seja, o ato administrativo sofre um controle negativo. Nessa categoria é primordial que sejam garantidos os direitos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, meios necessários para que a pessoa privada impeça que sua liberdade/propriedade seja indevidamente restringida. Dentre tais processos, a título de exemplo, há os fiscais, sancionatórios e expropriatórios²⁹.

Em segundo, estariam elencados os processos em que o particular busca obter o reconhecimento, pela Administração Pública, de seus direitos ou interesses. Trata-se de um tipo de processo em que não há litígio, nem acusação, mas, tão somente, visa criar situação de vantagem ao indivíduo (privada) e/ou à coletividade (pública). Aqui o particular busca a efetivação de direitos de segunda e terceira dimensões (seja individual, ou coletivo). Exemplos desses processos são os que objetivam a concessão de benefício previdenciário e os que versam sobre assuntos urbanísticos³⁰.

A terceira categoria, por sua vez, está relacionada às situações em que a Administração e o particular atuam, em conjunto, na elaboração normativa e no controle desta normatização. Neste tipo de processo há uma busca pelo cumprimento de direito fundamental de quarta dimensão (informação, democracia e pluralismo). Assim, todos os cidadãos possuem legitimidade para atuar no processo, mesmo que não venham a ser afetados pela norma regulamentar a ser editada. Para ilustrar, citem-se as

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 78

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 78

consultas públicas prévias à elaboração de resoluções e as audiências públicas em matéria de licitações e contratos administrativos³¹.

Embora seja possível classificar os processos administrativos em três espécies distintas, existe um elo essencial que permeia as três espécies acima citadas, qual seja a possibilidade do particular ocupar uma posição de corresponsável pela produção de atos da Administração Pública, exercendo, em maior ou menor grau, controle sobre a atividade administrativa, efetivando uma participação pluralística na produção da vontade final da Administração Pública.

O doutrinador, ora citado, defende que a Administração Pública vem modificando o seu perfil, abrandando a atuação outrora unilateral e impositiva, baseada no poder de império, e adentrando em uma gestão mais consensual, obtida mediante a cooperação público-privada.

2.2 Tipologia segundo o objetivo buscado pelo processo

Do outro lado, Medauar³², que fundamenta essa subseção, apresenta uma tipologia em que os processos administrativos pátrios podem ser classificados em duas grandes categorias: processos administrativos em que há controvérsias e processos administrativos em que há acusados. Estas duas categorias comportam ainda divisões em subespécies.

Os processos em que existem controvérsias, podem ser subdivididos em: processos administrativos de gestão; de outorga; de verificação ou determinação; e de revisão.

Processos administrativos de gestão, são as licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção, entre outros.

Por sua vez, os processos administrativos de outorga, são aqueles em que o particular busca algum direito ou interesse seu perante a Administração, como exemplos temos os licenciamentos de atividades e

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 79

³² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 169.

exercício de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos.

Os processos administrativos de verificação ou determinação, que são definidos como processos de controle, em que a Administração declara uma situação, exemplo a prestação de contas.

E, por fim, os processos administrativos de revisão, que são os recursos administrativos, reclamações, impugnação de lançamento; entre outros.

Já os processos administrativos em que há acusados podem ser subdivididos em internos e externos. Os processos internos, são aqueles processos disciplinares com vistas a impor penalidade a um servidor pelo cometimento de infração. Já os processos externos possuem como objetivo aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa.

Nota-se que, enquanto Moreira divide as espécies de processos a partir das diferentes dimensões de direitos fundamentais que o particular busca tutelar, Medauar baseia sua tipologia em relação ao objetivo, a providência que a Administração Pública pretende com aquele ato administrativo final, ou seja, pelo objetivo buscado através do processo.

3. Disciplina legal dos processos administrativos

Nessa seção e suas subdivisões, serão abordados os dois principais diplomas legais, relacionados ao tema em estudo, que regem os processos de natureza administrativa.

3.1 A Lei Federal 9.784/1999

Com o objetivo de estabelecer normas de aplicação geral e uniformizada sobre o tema do processo administrativo, foi editada a Lei Federal 9.784/1999, que se destina a regular os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, inclusive no

âmbito dos poderes legislativo e judiciário, quando no desempenho de função administrativa, é o que dispõe o artigo 1º do referido diploma legal³³.

A Lei de Processo Administrativo possui caráter federal, e não nacional, ou seja, sua aplicação não se estende aos Estados, Distrito Federal e Municípios, possuindo estes entes a competência para estabelecer suas próprias regras a respeito de seus processos administrativos. Entretanto, a Lei 9.784/1999 possui caráter genérico e subsidiário, podendo ser aplicada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios nos casos em que estes entes não possuam suas leis específicas, ou, havendo lei específica, esta for silente.

O artigo 2º, *caput*, elenca uma série de princípios que, além daqueles previstos constitucionalmente, deverão ser observados pela Administração Pública Federal. Além de informar, em seu parágrafo único, critérios que servem como padrões a serem observados pela Administração nos processos administrativos, como: a) atuação conforme a lei e o Direito (inciso I); b) atuação segundo padrões éticos de probidade, c) decoro e boa-fé (inciso IV); d) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); entre outros³⁴.

O artigo 3º, por seu turno, informa alguns direitos dos administrados, como por exemplo: ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações (inciso I).

O artigo 4º traz alguns deveres dos administrados, como: expor os fatos conforme a verdade (inciso I); e, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé (inciso II). Os artigos 11 a 17 tratam da competência que é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída

³³ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

³⁴ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos (artigo 11)³⁵.

Ademais, ao longo do ora estudado Diploma Legal são tratados temas como: do início do processo (artigos 5º a 8º); dos interessados (artigos 9º a 10); impedimentos e suspeição (artigos 18 a 21); do tempo, forma, e lugar dos atos do processo (artigos 22 a 25); da comunicação dos atos (artigos 26 a 28); da instrução (artigos 29 a 47); do dever de decidir (artigos 48 e 49); da motivação (artigo 50); da desistência e outros casos de extinção do processo (artigos 51 e 52); da anulação, revogação e convalidação (artigos 53 a 55); do recurso administrativo e da revisão (artigos 56 a 65); dos prazos (artigos 66 e 67); e, das sanções (artigo 68)³⁶.

3.2 A incidência do código de processo civil nos processos administrativos

Ao tratar sobre a disciplina legal que rege os Processos Administrativos Federais, não se pode olvidar o Código de Processo Civil, uma vez que, seu artigo 15 prescreve que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.³⁷

O artigo supracitado, representa, pois, um fortalecimento da integração hermenêutica já presente no direito processual, mas, que agora encontra-se explicitamente previsto em lei, e implica na utilização do Código de Processo Civil não somente para suprir lacunas ou omissões, mas, sua aplicação ao processo administrativo, desde que compatível com o regime jurídico deste.³⁸

³⁵ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

³⁶ BRASIL, *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

³⁷BRASIL. *Lei 13.105, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 80-81

Assim, o processo administrativo é um microssistema normativo, dentro do universo do direito processual, o que permite afirmar que “[...] o processo administrativo bem acolhe a aplicação subsidiária ou supletiva, assim como a interpretação extensiva de normas processuais codificadas em outros diplomas normativos que não a Lei 9.784/1999”³⁹.

Embora o Código de Processo Civil seja aplicável ao processo administrativo, não houve revogação da Lei 9.784/1999. Na prática, deverá ser buscada uma harmonização e uma leitura integrada entre os diplomas, sempre de modo compatível com o regime jurídico-administrativo, vez que “a compatibilidade é a ideia-chave para tal incidência”.⁴⁰

Neste diapasão, levando em consideração a, já demonstrada, aplicação do Código de Processo Civil ao Processo Administrativo, com fulcro no artigo 15 do diploma legal, tem-se a norma do artigo 190 do mencionado Código que trata da negociação processual, *in verbis*:⁴¹

Artigo 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Trata-se da chamada cláusula geral de negociação processual que introduz uma nova perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro, e, conseqüentemente no processo administrativo, ao passo que busca privilegiar a autonomia da vontade através das “mudanças no

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 80

⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82

⁴¹BRASIL. *Lei 13.105, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

procedimento”, que “autoriza que as partes desenvolvam tratativas a respeito do procedimento a ser implementado no processo”⁴², permitindo a realização de negócios processuais atípicos, ou seja, convenções processuais não previstas expressamente em lei.

Destaque-se que na vigência do Código de Processo Civil de 1973 já era possível vislumbrar algumas possibilidades de acordo procedimental, como as cláusulas de eleição de foro e de distribuição convencional do ônus da prova (artigos 11 e 333, parágrafo único), no entanto, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 as hipóteses de negociação processual típicas (expressas em lei) foram ampliadas, e as negociações atípicas, ou seja, aquelas não previstas expressamente no texto da lei e que decorrem, tão unicamente, da autonomia da vontade das partes, passaram a ser permitidas.

Neste sentido, é possível afirmar que o instituto da negociação processual é aplicável, em um primeiro momento, a todos os processos administrativos, sendo “resultado do legítimo exercício do poder de autorregramento da vontade pelos interessados”⁴³, encontrando no princípio do formalismo moderado aparato legal para a sua utilização.

A negociação processual no bojo do processo administrativo, pode ser encarada como um instrumento democrático que conduz a um processo cooperativo, conferindo às partes capacidade de influenciar na produção do direito.⁴⁴

Ademais, conforme ensinam os processualistas, “[...] a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”⁴⁵; e ainda, “[...] a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”⁴⁶.

⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89

⁴³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. V. Salvador: PODIVM, 2016, p. 242.

⁴⁴ LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula Geral de Negociação Processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo*. São Cristóvão, 2016, p. 98.

⁴⁵ Enunciado nº 135, V *Fórum Permanente de Processualistas Cívis*.

⁴⁶ Enunciado nº 256, V *Fórum Permanente de Processualistas Cívis*.

Assim, ainda que, no processo administrativo, uma das partes interessadas seja a Administração Pública, detentora de prerrogativas públicas e limitada pela indisponibilidade do interesse público, não haverá óbice à realização da negociação processual, pois, “[...] não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo”⁴⁷.

O objeto do negócio jurídico processual é o próprio procedimento desenvolvido no processo, sendo possível a negociação em um processo administrativo, pois, o interesse público tutelado pela Administração é indisponível, no entanto, o procedimento poderá ser alterado por convenção das partes, como por exemplo: a redistribuição de ônus da prova, a escolha conjunta de perito, a suspensão do processo, a alteração dos prazos processuais, entre outros, visando celeridade, eficiência, e alcance dos objetivos da Administração Pública.

4. Negociação processual em processo administrativo: hipóteses e limites

Como se demonstrou, o regime jurídico do processo administrativo é compatível com o instituto da negociação processual, no entanto, ainda não existem hipóteses de negociação processual tipificadas no ordenamento pátrio quando se trata de Processo Administrativo, não obstante, citem-se os enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ENFAM que apresentou diretrizes a serem seguidas em sede de negociação processual no âmbito do processo judicial:

A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 19. ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 430.

litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.⁴⁸

São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.⁴⁹

Assim, por analogia, pode-se delinear que os interessados em processo administrativo (Administração Pública; particulares; e servidores) não poderão convencionar a respeito dos deveres e dos poderes da autoridade competente; não poderão convencionar para suprimir as garantias constitucionais do processo; não poderão dispensar o dever de motivação dos atos administrativos; não poderão alterar as hipóteses de impedimento dos agentes; não poderão alterar a competência atribuída em lei, entre outras matérias que confrontem expressa disposição legal. Ou seja, a negociação processual deverá respeitar os limites já impostos pela lei, em obediência ao princípio da legalidade.

O objetivo pretendido com a negociação processual é ajustar o procedimento às especificidades da causa, mas com compatibilidade ao que dispõe o ordenamento, sendo o maior desafio “estabelecer uma sintonia entre a autonomia da vontade e o publicismo garantista do processo”⁵⁰, devendo sempre ser obedecido o princípio da publicidade, antes, durante e depois de realizada a negociação.⁵¹

⁴⁸ Enunciado nº 36, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ENFAM. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>

⁴⁹ Enunciado nº 37, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ENFAM.

⁵⁰ PIMENTEL, Alexandre Freire; MOTA, Natália Lobo. *Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199, p. 4.

⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 93.

Não obstante, pode-se vislumbrar a possibilidade de efetiva negociação processual administrativa como: convencionar a respeito de efeito suspensivo (ou não) dos recursos interpostos, seja em processo de licitação ou processos em geral, com fito de se atingir uma decisão mais célere; convenção sobre a produção probatória, no sentido de autorizar produção antecipada de prova, em um processo punitivo, seja ele interno ou externo; convenção a respeito da prática de atos instrutórios por videoconferência⁵²; convencionar sobre a ampliação ou redução de prazos; estabelecer prazo para ser proferida a decisão final; autorizar a intervenção de terceiro além das hipóteses legais; prever meios de comunicação alternativos entre as partes, ajustando, por exemplo, que a comunicação será feita no endereço eletrônico previamente indicado pelo particular⁵³; fixar calendário para a prática de atos processuais; e, convencionar sobre a suspensão do processo.

Vários outros negócios jurídicos podem ser celebrados no âmbito do processo administrativo, desde que se respeite as particularidades de cada processo, e que as negociações processuais sejam republicanas, legítimas e com respeito ao princípio da publicidade⁵⁴. Destaque-se que a Administração Pública deverá convencionar tendo em vista o atendimento ao interesse público, máxima da atuação administrativa.

5. O viés democrático da negociação em processo administrativo

Por se tratar da possibilidade de negociar o procedimento, e não o bem jurídico tutelado pelo processo, a negociação processual pode ser utilizada em qualquer tipologia de processo administrativo.

No entanto, devido à sua contemporaneidade no sistema jurídico-processual administrativo, cabe apenas apontar os potenciais benefícios da

⁵² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 383

⁵³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 382

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91

utilização deste instituto que autoriza a realização de negócios jurídicos atípicos, pois, somente a prática consolidada confirmará, ou não, os benefícios pretendidos.

Em um primeiro momento, almeja-se que a possibilidade de transacionar o procedimento possa alcançar a eficiência, a duração razoável do processo, a cooperação entre as partes, a efetividade, a celeridade, entre outros princípios norteadores da atividade processual. Pretende-se, pois, diminuir as medidas excessivamente burocráticas, protelatórias, e formalismos exacerbados que permeiam as atividades da Administração Pública.

Em segundo plano, a adoção da negociação nos Processos Administrativos confirma o modelo de gestão consensual que vem sendo adotado pela Administração pública, evidenciando uma política mais flexível, através de uma atuação pautada no acordo, negociação, cooperação, e colaboração, no lugar de uma Administração impositiva ou autoritária, recuando sua atenção do ato administrativo unilateral e imperativo, criando condições para a utilização de práticas conciliatórias, no intuito de adequar o agir administrativo a uma nova modelagem do Estado e da sociedade.⁵⁵

Neste sentido, utilizar-se de negociação processual em Processos Administrativos é criar um ambiente institucional que viabilize a participação do cidadão, permitindo que este influencie na decisão final da Administração, o que confere um viés democrático ao instituto ora estudado, ao passo que o cidadão terá um papel ativo na formação do ato administrativo resultante do processo.

Visualiza-se ainda a possibilidade reduzir as demandas judiciais, pois se o particular vir seus direitos efetivamente protegidos no âmbito administrativo, não haverá necessidade de recorrer ao órgão jurisdicional.⁵⁶

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 202-206.

⁵⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 26-27.

O racional funcionamento do processo administrativo, pautado no diálogo com a esfera privada, é capaz de promover maior credibilidade decorrente da atuação administrativa conduzida com o objetivo de satisfazer a efetiva prestação buscada através do processo.

Nesta esteira, a negociação processual realizada em processo administrativo poderá acarretar inúmeros benefícios para a Administração Pública, desde que seja realizada dentro dos preceitos balizadores do Direito Administrativo, velando pela supremacia do interesse público, pois, não se deve permitir que o poder-dever de busca pelo interesse público seja usado como barreira para novas maneiras de atuação que, ao final das contas, acarretarão benefícios para toda coletividade.

Conclusão

Conclui-se que a Administração Pública é destinatária legal da cláusula geral de negociação processual, prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil, o que permite a realização de negociação processual em sede de Processo Administrativo.

A atuação administrativa baseada na negociação com a esfera privada não ofende os princípios do regime jurídico administrativo, uma vez que, a finalidade buscada pela Administração será sempre o interesse público.

A atuação mais flexível da Administração Pública, pautada na consensualidade e evidenciada por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, converge ao modelo de gestão dialógica, pautada no diálogo com o cidadão, que busca, entre outros, a resolução dos problemas cotidianos e recorrentes de maneira efetiva e satisfatória.

A utilização de negócios jurídicos processuais é capaz de legitimar a sociedade para que participe dos atos juntamente ao Estado, vez que o particular poderá influenciar, de modo democrático, na decisão final da Administração Pública, garantindo-se a oportunidade de atuação e

resposta, ocupando o particular uma posição mais ativa dentro do Processo Administrativo.

De igual modo, infere-se que a utilização dos negócios jurídicos contribui para a razoável duração do processo, e coaduna com o princípio do formalismo moderado ao propor uma atuação flexível e razoável em busca das finalidades do Processo Administrativo.

Desse modo, constata-se que Direito Administrativo vem experimentando modificações por meio das quais busca-se a construção de um novo modo de se relacionar com o cidadão, a superação da excelsa visão unilateral fundada no poder de império, para um modelo jurídico consensual, que visa diminuir a verticalidade das relações entre o particular e o Estado, proporcionando meios de participação democrática e dialógica.

Referências

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. *Lei 13.105, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. *Lei 9.784, 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 19. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. *Cláusula Geral de Negociação Processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo*. São Cristóvão, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais, a lei nº 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. V. Salvador: PODIVM, 2016.

PIMENTEL, Alexandre Freire; MOTA, Natália Lobo. *Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199 Acesso em: 12 de setembro de 2018.

Cultura de precedentes como óbice á insegurança jurídica nas decisões administrativas: administração pública como inimiga da democracia

Bruna Fiuza Barcelar

Introdução

Temos como principal ponto de pesquisa observar se a utilização dos precedentes acarreta em melhorias no âmbito da Administração pública gerando maior segurança jurídica, ou se ela apenas torna suas decisões genéricas tirando, assim, o contato do gestor público com cada caso e suas particularidades e restringindo a margem decisória da administração pública. É explícito na legislação a necessidade de utilizar precedentes em determinados casos, porém alguns órgãos administrativos já tinham como regra interna a utilização de precedentes antes mesmo do surgimento dessas normas específicas. Para o estudo em questão é necessário destacar os novos 10 artigos da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) que se foram criados com o objetivo de trazer a segurança jurídica, entretanto, como iremos analisar as decisões no âmbito administrativo, teremos como foco o Art. 30, já que ele trata exclusivamente, dos precedentes na administração pública, que será o ponto de partida para a pesquisa em questão.

Tendo em vista que cultura de precedentes, principalmente no âmbito público, é algo embrionário e ainda não consolidado no direito brasileiro é possível observar a necessidade dos precedentes na

administração pública e suas eventuais novidades em relação ao instituto da segurança jurídica, nas decisões administrativas, a partir da análise das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, onde houve o surgimento desses novos artigos que visam alcançar não apenas segurança jurídica mas também isonomia e uma jurisprudência coesa. Dessa forma, daremos ênfase principalmente para as mudanças trazidas pelo novo art. 30 desta lei, analisando, também, como a administração pública procedia antes da alteração da LINDB.

Ainda veremos surgimento dos precedentes no direito brasileiro e porque motivo ele começa a ganhar cada vez mais espaço, com o intuito de analisar se a possibilidade de inserir a jurisprudência como uma das principais fontes de direito trará uma maior isonomia, segurança jurídica e estabilidade para as decisões judiciais e administrativas ou trará uma limitação do poder decisório conferido a juízes e decisores públicos em casos concretos a eles destinados para solução de determinado litígio. Logo, os precedentes surgem no nosso direito através uma aproximação entre o civil law, sistema jurídico romano-germânico, com o commun law.

Contudo, apesar de termos como principal objetivo de estudo a análise de mudanças trazidas por este novo artigo também iremos analisar outros artigos anteriores que fazem parte da legislação brasileira e norteiam o uso dos precedentes com propósito de ponderar se a “reforma” sofrida pela LINDB gerou mudanças relativas em relação a administração pública, trazendo uma uniformidade nas decisões.

1. Surgimento dos precedentes no ordenamento brasileiro

1.1 Necessidade dos precedentes no direito brasileiro

O Brasil teve o seu direito derivado do sistema jurídico romano-germânico, conhecido também como civil law, onde destaca-se como principal fonte de direito a legislação, sendo ela primária, nele temos o ordenamento como algo abstrato, subjetivo, visto que a lei é uma “forma”

ao qual tentamos enquadrar determinados casos concretos objetos de litígio.

Diferente do sistema conhecido como *Commun law*, de origem anglo-saxã, utilizado em países como o Estados Unidos, que tem como principal fonte de direito a jurisprudência, sendo assim, utiliza-se casos anteriores e similares para resolver conflitos, a jurisprudência é uma fonte de direito objetiva, pois refere-se a casos concretos.

Mesmo com a adoção do sistema romano-germânico ainda pode-se observar a presença secundária da utilização não só da jurisprudência, mas também da doutrina, costumes e analogia utilizados para auxiliar a resolução de conflitos no sistema judiciário brasileiro quando a lei não demonstra ser suficiente ou silencia a respeito, e através disso a utilização da jurisprudência para solucionar conflitos vem conquistando cada vez mais espaço.¹

O direito brasileiro tem, gradualmente, adotado elementos do *common law*, notadamente, de modo mais recente, com vistas a implementar e dar efetividade a um amplo sistema de precedentes normativos. Daí porque Floriano Marques de Azevedo Neto afirma que o direito brasileiro, especialmente o direito administrativo, é um benfazejo fruto de um sincretismo entre os dois sistemas, que soube aproveitar ambas as referências e criar uma mescla de influências dotada de corpo razoavelmente orgânico e articulado.

Com isso é importante analisar o porquê da necessidade de aproximação do nosso sistema jurídico visando introduzir os precedentes e quais vantagens ele agrega para nós.

Essa aproximação dos dois sistemas torna-se necessário visto que a demanda do judiciário aumentou de forma considerável, já que nas últimas décadas o acesso à justiça tornou-se mais democrático, criando assim, uma massificação do acesso à justiça, onde o judiciário se viu sobrecarregado de causas semelhantes.

¹ REBOUÇAS, Marina de Siqueira Campos. *O Direito Administrativo em Transformação*. Rio de Janeiro, 2019, p. 156

Devido a essa massificação o uso de jurisprudência para solucionar estes conflitos traz segurança jurídica e isonomia para o nosso Direito, pois causas semelhantes devem ser julgadas de forma similar, tanto no âmbito judiciário como no admirativo, e isso torna as nossas decisões mais “padronizadas” como é possível observar através do Art. 976 do novo código de processo civil de 2015, trazendo o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas), sendo este um mecanismo de concentração decisória utilizado no âmbito judicial, onde processos que tratem da mesma matéria ficarão suspensos até que o IRDR seja julgado. Vejamos o caput do artigo citado:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Além de trazer celeridade, economia da máquina pública, é importante destacar que a utilização dos precedentes traz um lado negativo pois o juiz/ Agente público não irá analisar cada caso com sua peculiaridade, se debruçando e se dedicando sobre os fatos como fazia anteriormente. Reduzindo, assim, a atenção individual que o magistrado dedicava a cada processo. logo, as decisões desse sistema baseado em precedentes são mais específicas, pois se baseiam em fatos concretos diferentemente das decisões fundamentadas na legislação, que é mais utilizado no Brasil, sendo mais subjetivas já que as normas tentam prever um caso concreto.

1.2 O surgimento dos precedentes administrativos

Ocorre que os precedentes administrativos surgem após a resolução de um caso concreto, onde essa decisão administrativa, se houver interesse público, deverá ser observada em determinadas situações futuras que sejam semelhantes pela Administração Pública, servindo como um

modelo. Contudo ainda é importante ressaltar que esses precedentes devem estar de acordo com o ordenamento, não podendo ser incoerente com o disposto em lei.

Para José Ortiz Díaz “precedente administrativo pode ser compreendido como a norma de direito objetivo extraída de, pelo menos, duas decisões da administração, no exercício de seus poderes discricionários, obrigatória para o administrador em casos semelhantes”, entretanto o autor ainda alega que essa obrigatoriedade deverá ser afastada em se tratando de interesse público.

Além disso, também devemos destacar que após a solução do litígio, na administração pública e gerando coisa julgada formal, essa decisão só poderá ser alterada se for levada ao judiciário, visto que precedentes administrativos não retroagem, principalmente se for prejudicial, gravoso, para os cidadãos. Como veremos no Art. 2, XIII, da Lei 9.784/1999:

Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. *Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

XIII - *interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*

Devido ao fato da decisão administrativa não gerar coisa julgada material, podendo ser “levada” para o judiciário e posteriormente modificada, traz uma grande instabilidade a mais pro âmbito administrativo além do que as decisões comuns já sofrem, isso torna as decisões administrativas ainda mais frágeis, tornando a utilização de precedentes como uma forma de trazer maior estabilidade para esse segmento tão frágil do nosso direito.

1.3 O surgimento do artigo 30 da LINDB e as ferramentas da adm. pública

O artigo 30 surge com a Lei n.o 13.655/18 que insere 10 novos artigos no Decreto- Lei n.o 4.657/1942, que entrou em vigor em 26.04.18, e ficou conhecida como a lei da segurança jurídica, já que se trata de dez novos artigos acrescentados na LINDB (lei de introdução a normas do direito brasileiro), tendo como objetivo disciplinar as leis brasileiras, logo são normas que regulam outras normas, trazendo maior estabilidade para o nosso direito.

Como objeto de análise discutiremos sobre a utilização da cultura de precedentes na administração pública e não no judiciário. Sendo possível observar as suas manifestações através de decisões, respostas a consultas dos seus órgãos e regulamentos. Por isso torna-se necessário a utilização desses mecanismos como precedentes, visto a fragilidade das decisões tomadas pelos gestores públicos.

Assim, merece destaque José Carvalho Filho², segundo ele:

Embora exista possibilidade de recurso dentro da hierarquia administrativa, as decisões dessa via administrativa sempre poderão ser revistas na via judicial, no que toca à análise da legalidade, o que faz com que elas não possuam o mesmo nível de vinculatividade dessas outras.

Com isso, podemos compreender a fragilidade das decisões administrativas simplesmente pelo fato dela não gerar coisa julgada material, podendo sempre o conflito administrativo já solucionado ser “arrastado” para o judiciário e obter decisão diversa. Isso ocorre pois no âmbito administrativo suas decisões não formam coisa julgada material e sim apenas formal, logo suas decisões não podem mais sofrer mais recursos, contudo elas ainda podem ser levadas ao judiciário, discutida em outra ação. Assim o ambiente jurídico adotou o uso do termo coisa julgada

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. op.cit. p. 1016-1017.

administrativa, como uma forma de representar essa situação instável da administração pública.

Portanto vem a ser essencial para compreender de forma mais ampla as ferramentas utilizadas pelo gestor público na administração, destacar como funcionam os mecanismos disponíveis, poderes administrativos, para que o gestor público possa disciplinar e trazer a ordem pública visando o interesse público. São ferramentas disponíveis para o gestor público o regulamento, as respostas a consultas e as súmulas, como veremos a seguir.

O regulamento é uma das formas de trazer segurança jurídica a administração pública, nela a autoridade pública irá regulamentar uma lei já existente, logo é considerado de natureza secundária, ocorre que o regulamento não é uma criação de lei e sim um complemento de uma lei que não cita todos os elementos necessários para seu cumprimento ou simplesmente para facilitar a execução da lei. Contudo, não pode o regulamento ultrapassar ou divergir daquilo que foi legislado, deve ser fiel a lei não podendo ir além ou divergir dela sob a possibilidade do congresso nacional susta-la.

É conferido apenas aos chefes do poder executivo, presidente, governadores e prefeitos, o poder de regulamentar norma, segundo o art. 84, IV, CF. Torna-se válido realçar que o regulamento pode-se dá através de atos normativos, decretos, resoluções e portarias. Sendo estas as vertentes para complementar a legislação preenchendo lacunas que poderiam gerar diversas formas de interpretações, gerando assim, maior segurança para o nosso ordenamento jurídico, pois não dará margem para interpretações divergentes a respeito da legislação a qual seja atribuído um regulamento gerando maior isonomia.

Assim como o regulamento é fundamental reforçar que a súmula não é lei e sim a fixação de uma jurisprudência, logo o surgimento da súmula costuma ocorrer como uma forma de solucionar situações que são constantes conflitos jurídicos como uma forma de uniformizar a jurisprudência. Segundo Egon Bockmann e Paula Pessoa “as súmulas

representam a condensação, o breve resumo de orientações e/ou decisões prévias” com o objetivo ainda de “por meio delas, pretende-se estabilizar de modo sumário o entendimento a propósito de determinada matéria”. Ainda, segundo a definição de Sylvio Motta³:

A súmula não se confunde com a lei. A lei é ato que obriga, dotado de alto coeficiente de generalidade e abstração. A súmula, por sua vez, é uma interpretação que o Poder Judiciário dá à lei quando da sua aplicação em casos concretos. A lei tem caráter coercitivo. A súmula apenas denota-lhe o alcance, dando um significado mais concreto à abstração legal. A lei é legislativa porque, em regra, emana do Poder Legislativo. A súmula é judicial porque sempre emana do Poder Judiciário. A lei comporta várias formas de interpretações. A súmula jamais comporta interpretação analógica.

Contudo se faz necessário destacar que nem toda súmula possui o efeito vinculante, muitas delas são apenas uma forma de realçar como determinado tribunal ou órgão solucionar determinados conflitos, não necessariamente tornando-se obrigatória para os demais tribunais ou órgãos. Já a o efeito de vinculação torna aquela súmula, criada pelo STF, afirmação de determinada jurisprudência, tornando-se obrigatória para todos, entretanto, como já foi dito anteriormente, é necessário que o conteúdo a respeito da jurisprudência que formará a súmula tenha sido algo recorrente nos julgamentos do STF, utilizando-se da súmula como uma forma de gerar segurança jurídica e uniformização das decisões.

Apesar de a súmula ser um “norte” indicado pelos tribunais e órgãos, mesmo que tenha um efeito vinculante, ela poderá ser afastada (art. 489 § 1º do cpc) tornando-se como obrigação do gestor motivar a sua decisão de afasta-la, não podendo apenas ignorar a súmula sem justificar, motivar, o que levou a agir de tal maneira.

Por consequência, para Beatriz Delgado do Nascimento a criação de sumulas traz diversas vantagens para o nosso direito tanto no âmbito administrativo como no judiciário, vejamos⁴:

³ MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2018.p. 733.

⁴ NASCIMENTO, Beatriz Delgado do. *A Segurança Jurídica na Administração Pública Após o art. 30 da Lei no 13.655 de 2018*. João Pessoa, 2019, p. 23.

Dessa forma, a criação de mais súmulas administrativas serviria não só como proteção e garantia aos administrados, como também uma maior segurança na atuação do gestor e, ainda uma forma de desafogamento do Judiciário, ao passo que traria maior confiabilidade e uniformidade nas decisões administrativas, evitando-se o ajuizamento judicial e aumentando a isonomia. Estar-se-ia formando um verdadeiro sistema administrativo de entendimentos, com suas próprias jurisprudências e súmulas.

É possível concluir que as súmulas são um método de extrema importância pra o direito, principalmente no administrativo, já que além de desafogar a administração com causas semelhantes poupando assim o tempo, e conseqüentemente o dinheiro, da máquina pública, ainda garante que elas tenham uma mesma resolução, com isso além de isonomia garante também a segurança jurídica na administração pública, fazendo com que a população seja capaz de determinar como certas causas serão julgadas gerando maior confiança populacional na máquina pública.

Para finalizar, temos como última ferramenta utilizada pelo gestor público a resposta a consultas, que nada mais é do que uma forma de sanar dúvidas a respeito de decisões proferidas pelo órgão público, de forma que possa elucidar questionamentos a respeito da aplicação de leis ou ainda de determinadas questões.

Sendo esta ferramenta algo essencial visto que se trata de uma forma de controle popular sobre as decisões, podendo observar se elas estão sendo coerentes e isonômicas e existindo, ainda, em caso de divergência, a respeito de consultas que tratem da mesma lei ou assunto, a possibilidade de interpor recurso especial. Trata-se de mais uma forma de segurança jurídica, capaz de observar como a administração pública está aplicando as leis e solucionando os conflitos.

Um resultado das consultas coerente facilitaria a comunicação gestor-cidadão, dando a informação precisa para a compreensão da situação jurídica em que se encontra⁵.

⁵ NASCIMENTO, Beatriz Delgado do. *A Segurança Jurídica na Administração Pública Após o art. 30 da Lei no 13.655 de 2018*. João Pessoa, 2019, p.25.

Diante da comumente existência de várias interpretações de um mesmo normativo, a consulta permite aos administrados conhecer previamente o entendimento daquele órgão administrativo sobre certo conteúdo, traduzindo para eles uma garantia, ao passo que representa uma forma de controle da interpretação estatal, na pretensão de se evitar surpresas em entendimentos divergentes.

Conclui-se que a utilização desses três mecanismos, os poderes administrativos, são ferramentas fundamentais não apenas para trazer isonomia ou segurança jurídica no âmbito da administração pública, indo além disso já que evidencia uma maior facilidade para o controle jurídico popular onde a própria população, os administrados, poderá questionar as decisões tomadas na administração pública, além de também ter uma noção de como situações futuras podem ser julgadas, já que se tem uma previsibilidade, se baseando nesses mecanismos e em decisões tomadas anteriormente.

2. Princípios que atingem os precedentes administrativos

É válido observar que a cultura de precedentes se encontra rodeada de princípios, dentre eles podemos analisar a isonomia, sendo este o princípio mais destacado quando nos referimos a precedentes administrativos, ele visa garantir a segurança jurídica onde ambas as partes devem receber as mesmas oportunidades, porém essa igualdade é substancial e não apenas formal, com isso, de acordo com Nery Junior, “ Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”.

Quando nos referimos a isonomia nos precedentes administrativos estamos voltados a verificar se determinados casos concretos que possuam semelhanças são realmente julgadas de formas semelhantes, coesas,

criando uma ideia de possibilidade de previsão de como determinados conflitos serão solucionados naquele ordenamento⁶.

No contexto do Estado de Direito, os destinatários das normas fixadas devem poder acreditar na racionalidade e na estabilidade dos órgãos decisores e em suas decisões, de modo a ter uma orientação para a condução de suas atividades e uma expectativa legítima de que os entendimentos não serão alterados sem justificativa plausível. Logo, tratar igualmente casos afins é fundamental para a manutenção da segurança exigida ao desenvolvimento das relações no âmbito social.

Contudo, se os órgãos decisores não aderirem o entendimento dos precedentes será necessário a motivação, aí encontramos outro princípio fundamental, princípio da motivação, visto que o agente público deverá sempre fundamentar a sua decisão com o objetivo de explanar o porquê daquela decisão. A motivação fundamentada irá permitir um controle popular a respeito das decisões administrativa, para que qualquer cidadão possa tomar conhecimento e analisar a decisão administrativa, além disso, permite que a parte tome conhecimento a respeito das razões do por que daquela decisão podendo recorrer.

Além desses dois princípios temos também o princípio da publicidade que tem como seu principal objetivo “proteger” as partes contra qualquer arbitrariedade do juiz ou dos agentes decisores da Administração Pública, com isso ele permite o acesso irrestrito do caso a todo e qualquer cidadão, salvo em casos de segredo de justiça, assim podemos observar que este princípio encontra-se muito evidente no cenário administrativo através da respostas a consultas, visando com que haja um controle popular das decisões tomadas pelo poder público. Como podemos observar no artigo a seguir:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

⁶ REBOUÇAS, Marina de Siqueira Campos. *O Direito Administrativo em Transformação*. Rio de Janeiro, 2019, p. 151

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Com a influência desses três princípios há um maior controle das soluções dos litígios na Adm. Pública, visando “construir” um ordenamento jurídico coeso e uniforme trazendo além de segurança jurídica uma previsibilidade sobre futuros litígios.

3. A utilização de precedentes antes do art. 30 na administração pública

É necessário salientar que anteriormente a inclusão dos novos dez artigos na LINDB, com foco no novo art. 30, o uso de precedentes já existia no âmbito do direito administrativo, visto que alguns órgãos da administração pública, como a AGU, já utilizavam-se desse meio como uma forma de uniformizar suas decisões.

Além de alguns órgãos já utilizarem os precedentes em seus regimentos internos, podemos observar também os precedentes em alguns artigos anteriores a essa mudança que o art. 30 trouxe, vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Logo, como é possível observar no artigo citado acima, a “adoção” dos precedentes é algo que vem surgindo como uma forma de cada vez mais unificar nossas decisões, além de reduzir a dificuldade da atividade decisória contemporânea, no que diz respeito à existência de uma pluralidade de interpretações igualmente legítimas (presente em determinadas norma por serem incertas, indeterminadas ou ambíguas) para um mesmo problema reduzindo o tempo de duração dos processos, então os precedentes trazem uma jurisdição estável, previsível e ágil. Segundo Marina de Siqueira Campos Rebouças⁷:

O próprio Estado de Direito encontra-se submetido ao direito por ele posto. Isso significa dizer que as regras e os princípios da ordem jurídica regem e limitam a atuação estatal, que somente poderá efetivar-se por meio de instrumentos devidamente previstos, de forma a proporcionar segurança e confiança aos indivíduos. Deve, portanto, fundamentar-se na certeza da aplicação do direito; na clareza e na racionalidade da atividade legislativa; e na transparência e na razoabilidade no exercício dos poder público, de tal maneira que seja possível aos cidadãos prever e refletir sobre os efeitos de seus atos.

Como foi visto acima, os precedentes estão presentes na limitação estatal e de acordo com o próprio direito por ele posto, já que encontram-se fundamentados na legislação, seja ela secundária ou primária, gerando assim uma maior estabilidade nas decisões administrativas.

Diversos artigos tentam trazer para o ordenamento a ideia da segurança jurídica, ressaltando ao julgador a necessidade de se atentar a respeito de súmulas, IRDRs e outras formas de precedentes, no art.496 do CPC é possível observar que o legislador atenta para a importância dos precedentes visto que aborda a situação da remessa necessária onde, em regra, toda sentença proferida contra o ente público haverá remessa

⁷ REBOUÇAS, Marina de Siqueira Campos. *O Direito Administrativo em Transformação*. Rio de Janeiro, 2019, p. 149

necessária, ou ainda quando for julgado procedente, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal, logo não importa se o ente público apelou ou não, pois haverá nova análise para o reexame necessário. Contudo, temos como exceção à remessa necessária que se a decisão que prejudicou o ente público está de acordo com uma decisão do tribunal, como súmulas ou IRDR, ela não precisará se revista novamente, apenas se a parte de fato apelar e não uma revisão de ofício.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Em ambos os artigos citados é notável que o ordenamento já apresentava uma tendência de trazer ainda mais para o sistema jurídico brasileiro a cultura dos precedentes, não sendo assim o art. 30 da LINDB uma grande novidade no ordenamento. Com essa aproximação da cultura de precedentes é possível observar além de uma maior celeridade, visto que torna-se mais fácil e rápido a resolução de conflitos utilizando-se desses recursos, e derivado dessa celeridade há uma maior economia para a máquina pública, uma vez que os litígios são solucionados de maneira rápida e eficaz, já que se trata de precedentes.

Contudo, precisamos novamente ressaltar a fragilidade da administração pública a respeito da solução de litígios, visto que além de

não se transformar em coisa julgada material, como foi visto anteriormente, podendo ser levado ao judiciário, também temos que observar que os agentes decisores rejeitavam o uso de precedentes julgando que teria mitigado os seus poderes decisórios, gerando assim, mesmo com precedentes aplicáveis a determinado caso concreto, o afastamento dos precedentes, de forma que trouxe grande insegurança e déficit de confiança por parte dos atores políticos, sociais e cidadãos, já que não se sabia se o agente público iria decidir de acordo com o esperado, utilizando os precedentes.

Logo por mais que o ordenamento fala-se a respeito dos precedentes ele ainda era algo bastante novo no ordenamento brasileiro, principalmente tratando-se da administração pública, com isso não havia uma determinação que obrigasse os agente públicos a utilizarem os precedentes para solucionar conflitos.

4. A cultura dos precedentes após o artigo 30 da LINDB

Ao decorrer do artigo já foi possível concluir que a utilização de precedentes na administração pública não é nenhuma inovação para o direito brasileiro, entretanto este artigo além de legislar de fato algo que já ocorria, porém não havia uma norma clara e tão direta direcionada a administração pública, ela trouxe também uma novidade a respeito dos precedentes, vejamos o art. 30 da LINDB:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Segundo Egon Bockmann e Paula Pessoa “A chave de abóbada desse novo sistema de aplicação das normas de Direito Público é o art. 30 da LINDB, que consolida a racionalidade dos antecedentes e permite sua

eficácia prospectiva” trazendo consigo uma novidade neste artigo, sendo ela a determinação do caráter vinculante em relação aos precedentes da administração pública (súmulas, regulamentos e respostas a consultas) já que anteriormente os precedentes eram executados de forma horizontal, onde traz efetivo respeito às decisões do próprio órgão ou entidade, contudo após o surgimento do artigo em questão os precedentes passaram a ser executados de forma vertical e não mais horizontal, onde agora as decisões não serão respeitadas apenas pelos próprios órgãos ou entidades, mas também por aqueles que se encontram abaixo na estrutura hierárquica. Ainda, é importante analisar de acordo com Daniel Wunder Hachem⁸:

Os elementos jurídicos necessários, principalmente materiais, para a atribuição de força vinculante aos precedentes administrativos: a) referir-se a um precedente da mesma entidade da Administração Pública que emitirá decisão no âmbito do novo processo; b) existir correspondência de objetos entre as questões fática e jurídica analisada no precedente e no novo processo; c) serem válidas e eficazes as normas jurídicas que decorram do precedente e da nova situação submetida à análise estatal; d) referir-se a um precedente compatível com o ordenamento jurídico; e) tratar-se de um precedente favorável à concessão de um direito aos indivíduos; e f) inexistirem razões que demonstrem a existência de um interesse público concreto, deduzido de uma disposição normativa específica, que demande a modificação fundamentada da práxis administrativa habitual.

Conclui-se então que apesar do art.30 da LINDB não ser tão inovador a respeito dos precedentes, que já era possível observa-los anteriormente no nosso ordenamento, ele tem sua importância e deixa a sua marca, pois traz uma ideia de vinculação, sendo está a grande inovação do artigo em questão, visto que torna obrigatória a utilização dos precedente pela administração pública, não sendo mais facultativa como era vista anteriormente, assim os agentes públicos se veem obrigados a utilizar essa

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 71-72.

ferramenta jurídica extremamente importante para a nossa sociedade. Com a vinculação nosso ordenamento torna-se coeso e uniforme gerando assim a possibilidade da previsibilidade dos julgamentos além da facilitação do controle popular em relação à máquina pública, resguardados em letra de lei. E Afinal o objetivo na inclusão dos precedentes no nosso ordenamento é apenas melhorar a vida em sociedade trazendo maior estabilidade para as decisões judiciais e administrativas gerando assim maior confiança popular na máquina pública garantindo isonomia e segurança jurídica em suas decisões.

Conclusão

Após análise detalhada, é possível concluir que a utilização dos precedentes se inicia através, de acordo com Egon Bockmann e Paula Pessoa, “ exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de justificação racional que exponha sua pretensão de resolução da disputa privada por meio de razão universalizável, que seja capaz de ser replicada nos demais casos semelhantes”. Apesar dos precedentes limitarem a margem decisória é necessário já que traz um direito fundamental onde determinados conflitos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante.

Logo, podemos afirmar que a utilização dos precedentes gera uma uniformidade nas decisões geradas pelos órgãos administrativos, acarretando assim, em segurança jurídica principalmente com o efeito vinculante derivado do novo artigo 30 da LINDB, o que traz uma estabilidade no direito. Entretanto, é de extrema importância destacar que a utilização de precedentes reduz o tempo de duração do processo, reduzindo, desafogando, assim, o sistema judiciário e administrativo que recebe uma vasta demanda de casos extremamente semelhante, onde com a utilização da jurisprudência para resolver esses conflitos além de trazer uma segurança jurídica e estabilidade gera, também, uma economia

processual já que haverá um maior “desafogamento” de casos semelhantes que poderão ser resolvidos através de precedente de forma rápida e eficaz.

Tendo como ponto principal o Art.30 é valido destacar que a utilização de precedentes não é novidades para a Administração Pública, visto que já era possível observar a utilização de precedentes em determinadas normas e até em regimentos internos de alguns órgãos, contudo mesmo tendo ciência dos precedentes nem sempre eles eram utilizados pelo agente público, visto que julgavam reduzidos seus poderes decisórios, como isso o Art. 30 traz a vinculação carregando agora a certeza de que a administração pública irá utilizar os precedentes administrativos, como isso é valido dizer que este novo artigo traz algo extremamente importante para a Administração Pública já que a vinculação irá gerar agora de forma abrangente uma maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Referências

BAROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Brasília - DF: Revista da AGU, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Revista Direito Administrativo. Edição especial: Direito Público na lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro, 2018. pp - 243 -274.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **O Direito Administrativo em Transformação: Reflexões sobre a lei nº 13.655/2018**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NASCIMENTO, Beatriz Delgado do. **A segurança Jurídica na Administração Pública após o art. 30 da lei Nº 13.655 de 2018**. João Pessoa, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes Administrativos no Brasil**, R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 135 - 154, Janeiro-Abril. 2019

O populismo como um entrave democrático nos certames licitatórios

Henrique Nonato Quaresma dos Santos

Introdução

Como é de conhecimento geral, o Brasil, após a adoção de inúmeros regimes não democráticos, que atentavam diretamente contra a liberdade do indivíduo, que colocavam à margem da sociedade inúmeros cidadãos, finalmente, depois de inúmeras lutas, adotou um Estado Democrático de Direito.

A experiência mostrou, principalmente durante crises financeiras, que era necessário não só um Estado Democrático de Direito, mas um Estado Social Democrático de Direito. Numa leitura rápida talvez não se faça clara a importância da inserção da palavra “Social” no modelo de governo adotado, mas este fato influencia diretamente em princípios que norteiam o Direito Administrativo, imprescindível para compreender o tema em epígrafe.

O social reflete diretamente na obrigação do Brasil preocupar-se com todos os seus cidadãos e intervir na sociedade para tanto, buscando sempre a melhor opção para todos. É neste ponto que entra a Supremacia do Interesse Público, pois o Estado não possui como finalidade atender interesses particulares e sim gerais/sociais.

Nesse diapasão, dentre os vários ramos que o estudo do direito permite abordar, há o Direito Administrativo, responsável por,

basicamente, compreender as relações que permeiam a Administração Pública, permitindo garantir o interesse geral. Frise-se que esta área é uma das que mais contribui positivamente e ativamente para a manutenção de um estado, de fato, democrático de direito.

Por essa razão, há alguns princípios basilares do direito administrativo que irão contribuir para compreender como o populismo pode representar um entrave democrático nos certames licitatórios, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência, tão essenciais à sociedade.

Para além dos princípios, necessário relembrar que o Estado é dividido em 03 (três) poderes, o Executivo, Judiciário e o Legislativo, permitindo que ocorra um sistema de freio e contrapesos, permitindo que cada um fiscalize o outro no exercício de suas funções e prerrogativas. Existe o que pode se chamar de uma engrenagem entre os poderes, pois o executivo só pode realizar o que a lei, emitida pelo Legislativo, permitir, e quando não há o respeito a essa restrição o Judiciário é demandado para intervir na situação.

Dessa forma, pelo menos na teoria, o Estado Social Democrático pode ser assegurado de diversas formas, entretanto, por vezes, podem incidir algumas intempéries que podem ser de ordem social, como, por exemplo, o populismo, entenda-se como o sentimento comum a um determinado grupo de pessoas, é a “voz do povo”.

Essa tão famosa voz do povo, que comumente se pronuncia por meio das mídias sociais, tão presentes no século atual, já foi responsável por inúmeras conquistas positivas, oportunidades em que conseguiu-se obter respostas mais rápidas e efetivas do Estado. Entretanto, por vezes, pode representar um verdadeiro entrave social e democrático, principalmente nos certames licitatórios.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo principal compreender como o populismo pode representar um risco ao Direito Administrativo, ao Estado Social e Democrático de direito, e, principalmente, aos certames licitatórios, pontos que foram analisados de

formas separadas através de uma pesquisa bibliográfica e do estudo da realidade de um caso concreto, utilizando-se do método indutivo para que se possa chegar às conclusões do presente artigo.

1. Dos princípios do direito administrativo.

Antes de adentrar na discussão acerca do certame licitatório, cumpre compreender melhor, inicialmente, os princípios centrais do Direito Administrativo¹ expostos no tópico anterior. Destaque-se que essa área, ao contrário, por exemplo, do Direito Cível e Trabalhista, possui uma legislação esparsa, ou seja, que não é concentrada, motivo pelo qual, não raro, faz-se imprescindível recorrer-se ao seu amplo arcabouço doutrinário para entender melhor alguma questão.

Primeiramente, há o princípio da legalidade, que para a Administração Pública significa dizer que o seu preposto só poderá agir se a conduta for permitida por lei. Neste ponto, necessário não confundir com a legalidade relacionada ao particular, pois este pode fazer tudo que a lei permite e também aquilo que ela não proíbe. Ou seja, mesmo que a lei não proíba certo ato, caso um administrador público o pratique sem a previsão expressa da conduta no ordenamento, este ato será ilegal, conseqüentemente, nulo.

Conforme já muito bem apregoadado pelo ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello²: *“O princípio implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas”*.

O princípio da impessoalidade, significa que a Administração deve adotar um tratamento isonômico, ou seja, não pode tratar de forma desigual os cidadãos, não se deixando de considerar, por óbvio, cada

¹ Artigo 37 da CF '88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (...)

² 1.FILHO, José dos Santos de Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

particularidade. Afinal, como já exposto por Nery Júnior: “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”³.

O princípio da Moralidade⁴ visa coibir todo ato administrativo que vá de encontro aos preceitos éticos que a norma busca assegurar, pois o preposto da Administração Pública está inserido numa sociedade e como tal deve ter como norte do seu agir a moralidade. Hely Lopes Meirelles destaca que: “*o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta*”.

O princípio da publicidade garante a transparência, pois vive-se num estado democrático que a ocultação de informações não pode ser a regra, afinal os documentos e informações precisam estar disponíveis para que ocorra um controle, inclusive, do povo. A eficiência significa que a Administração deve agir da melhor forma sem ferir a legalidade.

Por último, há o princípio da soberania do interesse público sobre o privado, já brevemente citado na introdução do presente trabalho, mas que, repise-se, significa que o interesse estatal, de regra, sobrepõe-se ao interesse particular, uma vez que estar-se-á assegurando não só um único interesse, mas o de todos.

Dessa forma, percebe-se que o Direito Administrativo possui sua base fundamentada em princípios que buscam garantir o interesse coletivo com a maior transparência possível para que não ocorra algum abuso ou irregularidade por parte das autoridades que representam este estado brasileiro.

³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.42.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, Ed. Medeiros, 2012; p.90.

2. Da licitação.

Um dos pontos do Direito Administrativo que busca garantir exatamente esses princípios, que, frise-se, são frutos de um estado social democrático de direito, são os certames licitatórios. Em suma, as licitações são processos administrativos formais para que o poder público possa contratar serviços ou comprar produtos e bens.

Essas contratações devem seguir ritos já previstos em lei, levando-se sempre em consideração as particularidades de cada modalidade. Todavia, em que pese essas especificidades de cada tipo de licitação, existem alguns nortes gerais que são reflexos dos princípios que permeiam o direito administrativo, como, por exemplo, o da vinculação ao Edital.

O princípio supramencionado prevê que não só as licitantes, mas também a administração pública, ficam vinculados ao edital, que é um documento que prevê como irá ser precedido o certame, bem como os requisitos e qualificações técnicas necessárias para a participação dos licitantes. O edital faz lei entre as partes, motivo pelo qual descumprir qualquer exigência constante neste instrumento é ferir também o princípio da legalidade.

A vinculação ao instrumento convocatório evita que a autoridade pública responsável pela condução da licitação, no meio do certame, termine desconsiderando certa exigência em favor de alguma empresa específica, fato este que iria ferir, conseqüentemente, a impessoalidade, o que não pode prosperar.

Ocorre que, em que pese esse arcabouço teórico, na realidade do caso concreto, isso pode não se fazer presente, conforme será evidenciado nas linhas a seguir, referentes ao estudo da Concorrência nº 03/2019 (Processo Administrativo nº 021/2019)⁵, que teve como objeto a concessão da prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus na área urbana do Município de Petrolina.

⁵ PORTAL DA TRANSPARÊNCIA - Licitações e Contratos <<http://transparencia.petrolina.pe.gov.br/licitacoes2/>>. Acesso em 25 de março de 2020.

2.1 Do caso *in concreto*.

Conforme já mencionado alhures, o Município de Petrolina localizado no Estado de Pernambuco, no início do ano de 2019, publicou o Instrumento Convocatório da licitação referente ao transporte público de passageiros na região, frise-se, tratando-se de uma licitação mais complexa do que o comum, tendo em vista o valor e interesse social acerca do objeto do certame.

Normalmente, diante dessas licitações que demandam um rigorismo e cuidado maior, ocorre uma sessão para a abertura dos documentos de habilitação e outra para a abertura das propostas e declaração do vencedor. Os documentos de habilitação ficam num envelope apartado dos documentos da proposta.

Na primeira sessão pública da licitação em questão, foram abertos os envelopes que continham os documentos referentes à habilitação das participantes, oportunidade em que se verificou que possivelmente uma das licitantes não cumpriu com todos os requisitos contidos no edital, fato este que ensejou a interposição de recursos administrativos pelas demais participantes para que a empresa irregular fosse inabilitada.

Ocorre que, sem a realização de quaisquer diligências, medida invocada pelos recorrentes com fulcro no artigo 43, §3º, da lei nº 8.666/93⁶, tendo em vista que eram essenciais para esclarecer as incongruências na habilitação, a comissão responsável pela condução do certame procedeu com o indeferimento dos recursos e julgou habilitada a empresa.

Nesse diapasão, dando continuidade, na outra sessão para a abertura dos envelopes referentes às propostas de preços, determinou-se a suspensão da sessão para que fosse possível realizar uma análise

⁶ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

minuciosa das propostas apresentadas, não se declarando nenhum vencedor ou registrando-se em ata o valor das propostas apresentadas.

Ocorre que, tendo em vista a possível falta de isonomia no tratamento das licitantes, já demonstrada antes mesmo da segunda sessão, uma das empresas que estava participando propôs uma Ação Ordinária c/c Tutela de Urgência distribuída sob o nº 0002470-14.2019.8.17.3130, por meio da qual fora obtido, no dia 16 de abril de 2019, o deferimento de medida liminar para suspender a licitação e apurar a legalidade do certame, o que era o mais razoável diante da situação.

Todavia, diante da suspensão, o Prefeito do Município de Petrolina não hesitou em ir nas suas redes sociais e divulgar um vídeo demonstrando a sua clara preferência por uma das empresas, em prejudicial demérito das outras, afirmando que a licitante que buscou a justiça somente teria agido dessa forma por mero inconformismo, querendo a inabilitação da licitante supostamente vencedora do certame a qualquer custo.

Ora, nem mesmo haviam sido registrados os preços das propostas em ata, muito menos declarada uma empresa vencedora do certame. Assim, além de ferir o princípio da isonomia que deve nortear todo o certame e os atos das autoridades públicas, este ainda afrontou o sigilo das propostas, uma vez que antecipou quem seria declarado vencedor quando sequer encontrava-se agendada nova sessão para divulgação dos resultados.

Em face do mencionado processo, o Município ajuizou um Pedido de Suspensão da Liminar perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco, distribuído sob o nº 0006237-07.2019.8.17.9000, do qual restou suspensa a liminar, frise-se, em contrariedade ao parecer do próprio Ministério Público, que entendeu a fragilidade dos argumentos da denunciada e a robustez dos elementos trazidos aos autos.

Possibilitada a continuidade da Concorrência nº 003/2019, posteriormente, fora declarada vencedora a empresa que apresentava

incongruências em suas documentações, que, frise-se, demandavam uma análise minuciosa e detalhada acerca da problemática.

O presente artigo não possui como finalidade realizar um juízo de valor acerca de qual empresa deveria ter ganhado, mas compreender que, de fato, haviam incongruências que demandavam um tempo maior de análise, o que não foi possível, talvez, por uma influência de um populismo gerado pela autoridade pública que pode ter interferido, inclusive, na compreensão do judiciário acerca da questão.

2.2 Da utilização de convenção coletiva antiga como base para a elaboração da proposta.

Destaque-se que as incongruências são várias e demandam um certo grau de conhecimento técnico, mas há uma em especial que não, qual seja, a utilização pela empresa vencedora de convenção coletiva antiga como base para a elaboração de sua proposta, fato este que gera, conseqüentemente, o seu favorecimento diante das demais empresas que se pautaram na legislação pátria.

Segundo se depreende do artigo 44, §3º, da Lei nº 8.666/93⁷, não é admissível proposta que apresente preço global e/ou unitário incompatível com os preços dos insumos e salários de mercado. Tem-se, pois, diante da diferenciação clara da lei, que os preços de insumo não se confundem com os salários de mercado, visto que o salário não está contido na categoria de insumo.

Todavia, utilizando-se como base o item 12.3 do edital, que determinava que as licitantes utilizassem como base os preços de insumos referentes ao mês de janeiro de 2018, a comissão entendeu regular a proposta apresentada pela empresa vencedora que teve como fundamento

⁷ Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§3º - não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

o salário de seus funcionários com base em Convenção coletiva de 2018, e não de 2019.

São considerados insumos os preços de combustível, veículos, dentre outros. Entretanto, o salário de mercado a ser pago aos colaboradores não é insumo, sobretudo, porque a lei exige que a proposta de preços acompanhe o salário de mercado atual. Válido registrar o teor do artigo 611 da Consolidação das Leis Trabalhistas colacionado abaixo:

*Art. 611. Convenção coletiva de trabalho é o **acordo de caráter normativo**, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais **estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.***

Importante registrar, nesse sentido, o que acentua Arion Sayão Romita⁸ sobre a convenção coletiva de trabalho:

Como contrato normativo, regula antecipadamente, de maneira abstrata, relações jurídicas existentes ou que as partes se obrigam a constituir. É próprio do contrato, em acepção ampla (como negócio jurídico bilateral), regular relações jurídicas, subordinando-as a regras preestabelecidas. Tais disposições negociais, agora fixadas para produzirem efeito adiante, destinam-se a reger as relações concretas das partes que se submeteram ou venham a se submeter às condições estipuladas.

Neste ponto, destaca-se que a legislação trabalhista vigente no Brasil não permite o pagamento de salários e benefícios inferiores ao estabelecidos na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) da respectiva categoria. Portanto, por obviedade, a empresa licitante precisa apresentar seus preços com base no “piso da categoria”, sob pena de violação às normas trabalhistas.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou:

⁸ ROMITA, Arion Sayão. *A natureza jurídica jurídica da convecção coletiva de trabalho, segundo Orlando Gomes: significado atual*. Revista Síntese Trabalhista, n° 112, de outubro de 1998.

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. 1) JULGADO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2) NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

(...) **As normas de licitação exigem que os salários dos empregados das empresas de ônibus concorrentes devem obedecer ao "piso da categoria" laboral - item 2.1, obs. nº 1, do anexo VII-a (fl. 93).**

O Tribunal de Contas da União, por intermédio do Processo TC 034.717/2014-5 e Acórdão nº 3001/2015 – TCU – 2ª Câmara, também se pronunciou a respeito da utilização de convenções coletivas e acordos coletivos vencidos, consignando a impossibilidade de avaliação da proposta embasada em documento nessas circunstâncias. Em corroboração ao exposto:

GRUPO II – CLASSE VI – 2ª CÂMARA

TC 034.717/2014-5

Natureza: Representação.

Unidade: Agência Brasileira de Inteligência – Abin.

Representante: RCS Tecnologia Ltda. (CNPJ 08.220.952/0001-22).

Advogado: Kleber Venâncio de Moraes (OAB/DF 37.599).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. ERROS NO PREENCHIMENTO DE PLANILHAS. PROPOSTA BASEADA EM CONVENÇÃO COLETIVA VENCIDA. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA PROPOSTA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

1. **É dever da licitante demonstrar, de forma irrefutável, com base em documentação comprobatória, a exequibilidade dos preços ofertados.**
2. **Não é possível avaliar a melhor proposta com base em convenção coletiva não vigente quando da entrega da proposta,** caso o edital tenha sido elaborado com base em outra convenção coletiva em vigor quando do recebimento da proposta.

Vê-se que a legislação trabalhista vigente no Brasil, atualmente, não permite o pagamento de salários e benefícios inferiores ao estabelecidos na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) da respectiva categoria,

conforme corroborado pela jurisprudência e doutrina acima transcrita. Não poderia ser diferente, pois a própria Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu a inadmissibilidade de proposta que apresente preços incompatíveis com os insumos e salários do mercado. Veja-se:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

(...)

*§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, **incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado**, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.*

O edital em análise fora publicado em fevereiro de 2019, motivo pelo qual já estava em vigor a CCT 2018/2019, sendo responsável pela definição dos salários e benefícios de cada categoria em meados de 2019, quais sejam, motoristas, fiscais, despachantes, manobristas, entre outras. Assim, somente poderiam ser utilizados os valores estabelecidos na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) de 2018/2019.

Entretanto, em que pese este importantíssimo ponto a ser levado em consideração para a elaboração das propostas apresentadas pelas licitantes, a empresa vencedora utilizou os valores constantes na CCT 2017/2018, que, frise-se, apresentaram valores referentes aos salários inferiores ao que deveria ter sido utilizado, perfazendo-se evidente a grave mácula constante nos cálculos da proposta formulada.

Cristalino, portanto, que a adoção dos salários defasados, além de contrariar a legislação trabalhista vigente, conferiu à licitante vencedora vantagem indevida na formulação dos preços de sua proposta comercial, bem como inequivocamente acarretou a sua inexequibilidade.

3. Do populismo e seus possíveis reflexos.

Compreendido o caso *in concreto* e uma das possíveis incongruências que demandavam uma análise mais minuciosa acerca da questão, cumpre compreender ainda como a incidência de um populismo gerado pelo prefeito pode ter incidido na realidade do caso, impedindo que a questão fosse analisada com a devida cautela.

Destaque-se que existem diversas definições para o termo populismo, motivo pelo qual faz-se importante ressaltar que no presente trabalho o termo compreende-se como um fenômeno social comumente chamado de “a voz do povo”, que, não raro, influencia de forma direta em inúmeras decisões.

Nesse sentido, cumpre compreender que a autoridade pública em questão do Município de Petrolina ao ir em suas redes sociais prometer uma mudança, que o transporte público não poderia continuar do jeito que estava, este fato gera um sentimento comum no povo, uma sede por mudança e pelo imediatismo que pode ter prejudicado a licitação em questão.

Logo, a sociedade passou a ter como um anseio comum a mudança no transporte público do Município de Petrolina, isso implica dizer que a empresa que já operava anteriormente, diante dessa situação, certamente, ficou numa posição desfavorável, uma vez que, caso ganhasse a licitação, carregaria o suposto estigma de que o serviço de transporte público continuaria com os mesmos desagradados, o que não merece prosperar.

A populismo ele é um fato social, logo é externo ao indivíduo e pode incidir sobre a consciência dos cidadãos mesmo que isso não seja perceptível, razão pela qual pode ter agido sobre os membros da comissão, bem como sobre as autoridades do poder judiciário, pois, independente dos cargos que ocupam, estão inseridos na sociedade.

Traz-se à memória que não cabe à Administração estabelecer critérios diferenciados dentre os licitantes, pois o que está descrito no edital convocatório deve ser observado em pé de igualdade por todos. Ora,

isso é um reflexo do estado democrático, tendo em vista que não se pode se ferir a isonomia.

Dessa forma, não cabe tratamento diferenciado ou interpretação diferenciada das normas para um único licitante, pois se estaria, nessa hipótese, violando os preceitos da Lei nº 8.666/93, especialmente, pelos termos de seus artigos 41 e 55, que, oportunamente, encontram-se adiante transcritos:

*Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.***

[...]

*Art. 55. **São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:***

[...]

*XI - **a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigível,** ao convite e à proposta do licitante vencedor;*

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, a licitação é:

O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Sendo a licitação um procedimento administrativo vinculado, é o edital convocatório que estipula as regras do certame, sendo, verdadeiramente, “a lei interna da licitação”, aos quais estão submissos não somente os proponentes, mas, também, a Administração Pública.

Dessa forma, mesmo diante dessa vinculação, das incongruências constantes na documentação e, inclusive, de pareceres emitidos pelo Ministério Público no mesmo sentido de que dever-se-ia manter a suspensão do certame para que a averiguação fosse feita da forma devida, decidiu-se pela continuidade do certame e pela consequente declaração da licitante que apresentou tais documentos.

Frise-se que, caso não tivesse ocorrido o populismo gerado pela autoridade pública, não ocorrendo, conseqüentemente, o anseio pelo imediatismo referente ao julgamento da licitação, talvez o serviço público de transporte em questão, hoje, não estaria sendo prestado pela mesma empresa.

O populismo, que gerou a necessidade de um imediatismo na contratação em questão, pode, sim, ter ferido a legalidade, a impessoalidade e, principalmente, a moralidade, pois, quando da averiguação, de fato, minuciosa das inconsistências constantes na documentação, a empresa declarada vencedora poderia ter sido inabilitada. Um estado democrático de direito deve, necessariamente, respeitar esses princípios, pois, do contrário, estar-se-á dando azo para o cometimento de arbitrariedades que não merecem prosperar.

Note-se que o populismo, passando-se de certa forma despercebido, interferiu, inclusive, no sistema de freio e contrapesos dos poderes. No executivo fez com que as autoridades responsáveis pela condução do certame declarassem a licitante vencedora em questão, no judiciário, por sua vez, fez com que fosse derrubada a liminar que havia concedido a suspensão do certame, e, por fim, no legislativo fez com que as leis, talvez, não tenham sido concretizadas.

Portanto, na humilde opinião do autor deste trabalho, o que se viu na licitação em epígrafe foi a mácula de princípios que devem nortear todo certame licitatório, possivelmente gerada em razão de um possível populismo ocasionado por ato da autoridade pública do Município de Petrolina.

Conclusões

Conforme exposto, é possível concluir, primeiramente, que os princípios basilares que regem o direito administrativo e os certames licitatórios são frutos de um estado social democrático de direito, motivo

pelo qual tudo que possa ir de encontro ou represente um risco a essas bases deve ser visto com uma certa cautela.

Nesse sentido, para evitar situações que afrontem a democracia, o poder soberano é dividido em três poderes, quais sejam, o executivo, legislativo e o judiciário, permitindo que ocorra um sistema de freios e contrapesos, possibilitando que cada poder “fiscalize” o outro no exercício de suas funções primordiais.

Contudo, também se conclui, mediante a análise de um caso in concreto, qual seja, a licitação realizada pelo Município de Petrolina para a concessão do serviço de transporte público de usuários, que mesmo diante desse sistema é possível que ainda assim ocorram situações que representem um risco real aos preceitos que são bases de uma democracia, tendo-se como principal motivo o imediatismo gerado pelo populismo.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo não possui como finalidade primordial discutir o mérito das decisões que foram tomadas, mas destacar que essas podem ter sido proferidas com influência do fator social em questão gerado pela autoridade pública, que deveria ter se absterido de demonstrar qualquer posição ou preferência por uma das licitantes em respeito a imparcialidade e ao julgamento objetivo das propostas.

Referências.

BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

FILHO, José dos Santos de Carvelho. **Manual de Direito Administrativo.** 27ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro,** São Paulo, Ed. Medeiros, 2012.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Licitações e Contratos**. Disponível em: <<http://transparencia.petrobrás.com.br/licitacoes2/>>. Acesso em 25 de março de 2020.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 6.452, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

ROMITA, Arion Sayão. **A natureza jurídica jurídica da convecção coletiva de trabalho, segundo Orlando Gomes: significado atual**. Revista Síntese Trabalhista, nº 112, de outubro de 1998.

Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União, **Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível em: < <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade> >. Acesso em 24 de março de 2020.

SANTOS, Lúcio Rafael de Araújo do Santos. **Princípio da moralidade administrativa**. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9094/Principio-da-moralidade-administrativa> >. Acesso em 24 de março de 2020.

HERTEL, Daniel Roberto. **Reflexos do princípio da isonomia no direito processual**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7112/reflexos-do-principio-da-isonomia-no-direito-processual/2> >. Acesso em 24 de março de 2020.

**Da fraternidade adversarial:
a inviabilidade do direito enquanto visão universalista e
a proposta de uma abordagem dialógica para
administração de conflitos**

*Mariana Eva Souza Dias*¹

*Iricherlly Dayane da Costa Barbosa*²

Introdução

Hodiernamente, a cultura jurídica prevalecente corresponde à construção ocidental ancorada na perspectiva da “razão moderna” e de viés eurocêntrico. Conscientes desses contornos, admitir sua adoção enquanto plataforma universal não é aceitar que seus parâmetros sejam adaptáveis aos diversos contextos sociais, mas admitir que sua imposição enquanto discurso pretensamente neutro, na realidade, implica na invisibilização jurídica e no silenciamento dos sujeitos que não se adequam à fala do grupo hegemônico. Manuel Gandara em *Hacia una teoria no-colonial de derechos humanos* pontua que³

¹ Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda vinculada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Contato: mariana_eva24@hotmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia. Bolsista CAPES/PROSUC. Advogada. E-mail: iricherlly@gmail.com

³ GANDARA, Manuel. *Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.3121. Dec. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000403117&lng=en&nrm=iso. Acessado em 04 ago 2019.

El pretendido universalismo opera, entonces, proyectando ciertos rasgos, propios de sectores dominantes, sobre la naturaleza genérica del conjunto de la humanidad, configurando un ‘modelo’ en base al cual se evalúa y determina la condición humana del resto de los actores sociohistóricos. Una experiencia parcial, local, se logra convertir así en marco de comprensión del conjunto de posibilidades y a partir de ella se interviene en la realidad. Tal y como denuncia Franz Hinkelammert, “*cada universalismos de principios abstractos es la cara universalista de un particularismo*”.

A proposta da crítica ora tecida à lógica jurídica dominante não é rejeitar a relevância do direito positivado, mas compreender a necessidade de enfrentamento da temática com uma perspectiva voltada a compreensão da complexidade decorrente da pluralidade social e a necessidade de uma administração de diferenças que viabilize a coexistência de distintos sistemas, ao invés de impor uma concepção uniformizadora.

Nesse contexto, o resgate dos aportes construídos por Chantal Mouffe contribuí para a compreensão do conflito enquanto aspecto indissociável da malha social, e a necessidade de construção de métodos que viabilizem a operacionalização desse sistema adversarial de forma democrática.

Não compreendo o outro enquanto inimigo que deva ser suprimido, e consciente de que a construção de consensos racionais absolutos é uma utopia, resgata-se a perspectiva da adversariedade e da concepção de equilíbrio social enquanto construção de espaços para promoção de diálogos constantes que se proponham a administrar os conflitos naturais da coexistência de diferentes.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas buscando impulsionar as trocas a respeito da temática posta, debate-se o aspecto universalista atribuído ao Direito com a prevalência dos paradigmas da racionalidade moderna; pontua-se o fracasso dessa visão monista para fazer frente às demandas plurais da sociedade contemporânea; e discute-se esse processo dialógico permanente dentro da sociedade adversarial posta, voltado a promover a aproximação para reconhecimento das

similitudes que possam existir, além de demarcar e compreender as diferenças estabelecidas.

1. Direito enquanto imposição de um discurso hegemônico travestido de neutralidade

O projeto da razão moderna foi lançado enquanto um movimento de rechaço do passado e quebra de paradigmas propulsionado pelo Renascimento, reforma políticas burguesas, reforma protestante e revolução científica.

Implicou na ressignificação do centro de importância da sociedade, abandonando-se o sagrado pelo humano, com a valoração do indivíduo e consequente adoção dessa perspectiva individualista em todas as esferas (política, econômica, jurídica e afins).

Ergue-se a figura do Estado-Nação enquanto agente legítimo para produção da normatividade, e o mundo moderno é construído ao redor da positivação e valoração do tido por “racional”. Toda legitimação de discurso e consequente estruturação do poder passa pela objetividade do pensamento racional, erigindo-se assim um novo paradigma com a substituição da fé no divino pela fé na ciência/razão, utilizando-a para validar como natural a nova cosmovisão levantada.

A imposição desse modelo monocultural implicou em um processo de homogeneização das culturas, com o grupo dominante transformando o seu arranjo social no padrão a partir da imposição da unificação de idiomas, saberes, forças e sistemas jurídicos. Esse processo de repressão e supressão viabilizou a prevalência do discurso hegemônico enquanto pretensa posição neutra, e significou a imposição da subjetividade de um grupo enquanto medida universal.

Essa visão singular como única possibilidade na era moderna coloca-se acima de todas que não estão em consonância com aquilo que ela defende. Tudo o que não condiz com a proposta moderna capitalista é levado a escanteio, invisibilizado, para que apenas uma forma de

existência prevaleça. O diferente está deslocado da realidade, não condiz com “os novos tempos”, é anacrônico e precisa ser descartado.

Na cultura jurídica esse processo de formação se reflete na imposição de um sistema monista, centralizado no Estado, ao mesmo tempo fruto e garantidor de uma sociedade individualista, secularizada, liberal, capitalista e burguesa. Arranjos locais são desprezados, e modelos jurídicos que não abracem a produtividade capitalista são tidos por defasados, primitivos, não modernos.

Tal formatação, durante o processo de colonização foi forçosamente repassado para os territórios invadidos, com a imposição de uma narrativa excludente que silenciou – exterminou – povos e saberes por não condizerem com o molde eurocêntrico trazido.

Sara Araújo, em *O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone*, fala que o modelo jurídico moderno consiste, portanto, em uma proposta com viés eurocêntrico, utilizado para reproduzir o colonialismo e prover exclusões, adotando a perspectiva linear de progresso como parâmetro.

Denunciando seu etnocentrismo, e trazendo à luz as repercussões da colonialidade jurídica, questiona o mito do centralismo jurídico, pontuando que “Associada às ideias de racionalidade, neutralidade, objetividade e justiça, a linguagem jurídica moderna assume, pois, um papel fundamental na legitimação do modelo dominante, colonial e capitalista”⁴.

Como ciência moderna, a alegada universalidade do direito assenta num etnocentrismo epistemológico, ou num eurocentrismo, que sustenta a “falácia do deslocamento” (Dussel, 2013), a “falácia do determinismo” e a “falácia do desaparecimento do Sul” (Santos, 2008). O direito moderno é o duplo da ciência e, se esta é responsável por aquilo que foi designado “epistemicídio”, a conce(p)ção moderna de direito legitimou o “juricídio” (Santos, 1995; Santos

⁴ ARAUJO, Sara. *O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone*. Sociologias, Porto Alegre, v. 18, n. 43, p. 93, Dec. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222016000300088&lng=en&nrm=iso. Acessado em 29 jul 2019.

2011). O direito moderno ignorou ter um lugar de enunciação e reivindicou universalidade e poder para definir o futuro global.⁵

A consciência dessa aplicação do Direito enquanto meio de difusão dos valores e metas da agenda neoliberal capitalista, alimenta a necessidade de adoção de uma perspectiva crítica e sensível à alteridade que introduza na discussão a consideração de universos jurídicos e políticos excluídos, normalmente taxados de “inferiores, primitivos, locais, residuais ou improdutivos” a partir de “um exercício jurídico epistêmico que permita o reconhecimento da pluralidade jurídica e dos seus significados sem sobrepor diferença e desigualdade”⁶

Nessa perspectiva, compreendendo a insuficiência de uma perspectiva singularista do Direito para fazer frente aos desdobramentos e as nuances das questões socioeconômicas da atualidade, é que se tem por necessária que a discussão seja travada sob a perspectiva do pluralismo jurídico.

2. A validade e possibilidade de coexistências de perspectivas variadas: o modelo plural

Conforme visto, a concepção moderna estrutura o Direito como um instrumento de reprodução de narrativas excludentes, resultante no desperdício de múltiplos universos jurídicos tidos por inferiores à perspectiva eurocêntrica dominante.

Acontece que essa proposta de imposição de visões universais em detrimento da valorização dos contextos sociais e suas particularidades mostrou-se esgotada, incapaz de lograr fazer frente às problemáticas contemporâneas. Nesse contexto, aponta-se para o fato de que

Os dias atuais revelam um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade, crise enfim da modernidade. Parte-se da constatação de que as

⁵ Ibid. p. 95.

⁶ Ibid. p. 90.

promessas da modernidade não se realizaram. Teríamos um excesso de promessas com um déficit do seu cumprimento.⁷

Nesse contexto de perturbação e insuficiência do modelo em voga, constata-se a necessidade de rediscussão dos conceitos fundantes da ciência do Direito. Rejeitando-se, sob as lentes do pluralismo jurídico o universalismo abstrato do direito moderno, propõe-se o reconhecimento da pluralidade e a troca da leitura evolucionista calcada na monocultura por concessões jurídicas constitutivas de processos de aprendizagens jurídicas recíprocas.

Relevante pontuar que o pluralismo jurídico não se propõe apenas a descrever a coexistência de uma pluralidade de visões, mas busca derrubar a hierarquização imposta pela concepção moderna, e promover diálogos que viabilizem aprendizagens jurídicas recíprocas.

Mais do que a velha discussão sobre o significado do direito, importa o que expressam politicamente os ordenamentos jurídicos desperdiçados pelo cânone moderno, que regem outras organizações políticas, outras democracias, outras economias e outras gramáticas jurídicas.⁸

WOLKMER e FAGUNDES em *As limitações do racionalismo emancipador eurocêntrico à luz do pluralismo enquanto criticidade periférica*⁹ apresentam que o pluralismo jurídico se posiciona enquanto questionador da pretensão de estabelecer o Estado como fonte única do Direito, argumentando a possibilidade de comunidades organizadas também possuírem produção normativa. Afirmam, ainda, que, não

⁷ TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio*. Brasília a. 39 n. 154 abr/jun 2002, p. 217. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/781/R154-16.pdf> Acessado em 07 jul 2019.

⁸ ARAUJO, Sara. *O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone*. Sociologias, Porto Alegre, v. 18, n. 43, p. 112, Dec. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222016000300088&lng=en&nrm=iso. Acessado em 29 jul 2019.

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos; MACHADO-FAGUNDES, Lucas. *As limitações do racionalismo emancipador eurocêntrico à luz do pluralismo jurídico enquanto criticidade periférica*. Opin. jurid., Medellín, v. 16, n. 31, p. 89-116, June 2017. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302017000100089&lng=en&nrm=iso. Acessado em 05 ago 2019.

obstante o viés de concepção – conservador, liberal, emancipador – sempre visualizará essa ampliação da concepção unívoca da produção do Direito.

Recordam os autores que, desde a racionalização iluminista e posterior cientificização formalista da teoria da unicidade, a definição de Direito foi apartada de todos os fatores que não fossem tidos como estritamente jurídicos. Afastado de aspectos como a moral, a economia, a política, a religiosidade, a cultura e as artes, por serem esses considerados impuros, o Direito ficou limitado enquanto produção estatal.

Nesse contexto, apontam a necessidade de se desenvolver uma lente crítica que busque examinar o Direito para além dessa concepção isolada e “pura”, desvendando os motores por trás desse sistema de regulação e redutor “da pluridiversidade pela régua elitista dominante ou por conceitos plurais fundamentados a partir do sistema de direito oficial”:

O que importa é repensar o aspecto jurídico no âmbito geopolítico da busca e da valorização da cosmovisão autóctone, originária, campesina, afro-latino-americana, ou mesmo da racionalidade produzida pela criatividade gestada em espaços comunitários classificados conforme a subalternidade das vítimas da modernidade.¹⁰

No cenário em questão, a anteriormente apontada crise moderna perante a qual a concepção universalista e centralizadora do Direito se mostrou insuficiente torna-se perceptível, por exemplo, quando se fala em morosidade das estruturas judiciais e estatais em atender às demandas e conflitos que lhe são apresentados; o aumento de bolsões de miséria e os arranjos socioeconômicos que rerepresentaram as relações colonizadoras de países ricos com aqueles em desenvolvimento.

A necessidade de abarcar a diversidade cultural e definir mecanismos alternativos de exercício democrático de modo a viabilizar cenários de reconhecimento e afirmação de Direitos que antes quedavam esquecidos pelo discurso hegemônico apresenta o pluralismo jurídico enquanto uma

¹⁰ Ibid. p. 94

lente para leitura jurídica da complexidade social e compreensão das práticas e experiências históricas de desequilíbrio de poder, visando a obtenção do justo nessas relações.

3. A fraternidade adversarial: encontrando o equilíbrio do dissenso

Manuel Gándara em *Hacia una teoría no-colonial de derechos humano*¹¹ argumenta que as cosmologias construídas pelos seres humanos estão condicionadas por sua memória, cultura, história coletiva e particular, sendo inevitavelmente distintos os parâmetros pelos quais compreendem, valoram e protegem aquilo que reputam valioso. A tentativa, portanto, de extensão dos conceitos construídos em uma perspectiva Ocidental eurocêntrica como única forma de compreender o mundo, estaria fadada ao fracasso.

Si las distintas tradiciones culturales ofrecen formas distintas de explicar el origen de los derechos del hombre, la búsqueda de un sistema universal de derechos debe dar cuenta de esa diversidad de concepciones, no centrándose en una de ellas, la occidental, ni condicionando la posibilidad de lograr el alcance universal de tal sistema de derechos a la aceptación de esa concepción por parte de las otras tradiciones.

O autor¹² destaca a necessidade de, considerando as relações de poder vigentes, viabilizar condições reais para o estabelecimento de diálogos que, tendo demarcado as distinções entre os sujeitos, permitam-lhes aportar suas contribuições e construir os consensos que deem conta das questões conflituosas, e não somente quedarem passivos e vinculados às imposições de outrem.

El diálogo no implica la negación de las propias ideas, concepciones y estilos de vida; sino, por el contrario, desde el reconocimiento y valoración de lo

¹¹ GANDARA, Manuel. *Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 3124-3125, Dec. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000403117&lng=en&nrm=iso. Acessado em 04 ago 2019.

¹² *Ibid.* p. 3131

propio, estar dispuesto a reconocer lo diverso que el otro puede aportar y con lo que nos puede enriquecer. En este sentido, nos parece particularmente iluminadora la sentencia de Boaventura De Sousa Santos: ‘Las personas y los grupos sociales tienen derecho a ser iguales cuando la diferencia los inferioriza, y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza.’. Sólo a partir de estas condiciones será posible que lo que aparezca como producto del diálogo tenga legitimidad para las partes que han participado, reconociéndose en él y no sea percibido como negación de sí o como imposición.¹³

Considerando a perspectiva posta de contextos pluralistas é preciso compreender que o conflito passa a ser uma consequência inafastável da coexistência das diferenças, portanto inerente à constituição social.

Nesse sentido, Chantal Mouffe, segundo a qual é necessário abandonar as ilusões de um consenso perfeito em uma sociedade completamente transparente, defende a necessidade de se desenvolver uma concepção de democracia que reconheça o conflito enquanto aspecto impossível de ser erradicado.

Diferentemente de outros aportes teóricos, nela o propósito não é alcançar um estado de padronização universal da condição humana, mas a busca pelo estabelecimento de consensos com a consciência de que esses serão sempre provisórios, dependentes de negociação permanente.

Adotando-se tal perspectiva, rechaçam-se as pretensões universalizantes que permeiam a narrativa jurídica para reconhecer a impossibilidade de plenitude do consenso estável. Nas palavras de MOUFFE, abre-se mão do “sonho de um consenso racional que acarreta a fantasia de que poderíamos escapar de nossa forma de vida humana”¹⁴.

¹³ Em tradução livre: O diálogo não implica na negação das próprias ideias, concepções e estilos de vida; mas, ao contrário, a partir do reconhecimento e da valorização do próprio, estar disposto a reconhecer o diverso aportado pelo outro, com o que se pode enriquecer. Nesse sentido, parece-nos particularmente iluminadora a frase de Boaventura de Sousa Santos: “As pessoas e os grupos sociais têm direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. Somente a partir dessas condições será possível que o que apareça como produto do diálogo tenha legitimidade para as partes que participaram, reconhecendo-se nele sem que seja percebido como negação de si ou imposição.

¹⁴ MOUFFE, Chantal. *Por um modelo agonístico de democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 25, p. 11-23, Nov. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-44782005000200003&lng=en&nrm=iso. Acessado em 06 ago 2019

Nessa concepção, a diferença é percebida enquanto fator inerente à sociedade e não como mácula a ser superada ou eliminada em prol de uma universalidade que, supostamente, abarcaria todas as vivências, mas na realidade não passa da imposição da cosmovisão do grupo dominante.

A teórica aponta em *Por um modelo agnóstico de democracia* a falha do modelo da democracia deliberativa quando postula uma possibilidade de estabelecimento de uma esfera pública na qual o fator “poder” teria sido eliminado e o consenso racional poderia ser produzido. Alheio à dimensão do antagonismo e seu caráter inerradicável, esse modelo, argumenta a autora, estaria fadado ao fracasso.

A solução restaria na construção de uma abordagem que, trazendo as variáveis do poder e do antagonismo para seu núcleo, trabalhasse um modelo democrático que apreendesse a natureza do político.

Admitir a essencialidade da discussão das relações de poder e a relevância dessas enquanto constitutivas do social desloca a discussão para a busca por meios de poder que sejam compatíveis com valores democráticos. Abandona-se o ideal de realização de perfeitas harmonias, uma vez que não seria admissível falar na possibilidade de um ator social limitado abarcar a representação da totalidade ou pretender obter o controle absoluto¹⁵.

A compreensão da proposta teórica da autora em questão passa, inevitavelmente, pela assimilação da distinção que ela estabelece entre “a política” (*politics*) e “o político” (*the political*).

Com o primeiro termo, refere-se às práticas, discursos e instituições que objetivam estabelecer ordem e organizar a coexistência dos sujeitos em condições que são sempre de conflito. Já a expressão “o político” reporta à essa dimensão do antagonismo inerente às relações humanas.

Dessa forma, argumenta que a formulação da política democrática depende do equilíbrio entre o reconhecimento da dimensão do “político”

¹⁵ MOUFFE, Chantal. *Por um modelo agnóstico de democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 25, p. 11-23, Nov. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200003&lng=en&nrm=iso. Acessado em 06 ago 2019

– existência de um antagonismo inerente ao cenário social – e a compreensão da “política” enquanto meios de tentativa da domesticação dessa hostilidade.

Diferentemente dos racionalistas, Mouffe não trabalha com a perspectiva de obtenção de um consenso sem exclusão, uma vez que isso implicaria na admissão de possibilidade de erradicação do conflito. O que se pretende é a “criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade”. Busca-se o estabelecimento dos limites nós *versus* eles e a compatibilização dessa oposição (incontornável) com a democracia.

Nessa concepção, o outro (ou “eles”) deixa de ser um inimigo que precisa ser reprimido e contra o qual o grupo hegemônico lança uma proposta de sistema jurídico forçando uma uniformização que o tome enquanto parâmetro. Adota-se, sim, a concepção de “adversário”, não mais alguém que precisa ser destruído, mas um sujeito cujas ideias são combatidas, mas conferindo-lhe o direito inquestionável de defender seu ponto de vista.

A tolerância no regime democrático, portanto, não depende da condescendência nem a diferença com pontos de vista opostos, apenas da viabilização de um sistema em que esses sujeitos que dotados de distintas concepções logrem ser tratados como opositores legítimos.

Essa perspectiva adversarial não implica na eliminação do conflito. Não obstante os sujeitos concordem em relação aos princípios ético-políticos da democracia liberal (liberdade e igualdade), discordam em relação ao sentido e à sua implementação, não havendo meio de sanar tal discordância por meio da deliberação ou discussão racional. Apesar de admitir-se a possibilidade de os adversários cessarem de discordar, ou firmarem pactos (*compromises*), esses cenários são percebidos apenas enquanto “interrupções temporárias de uma confrontação contínua”¹⁶.

¹⁶ MOUFFE, Chantal. *Por um modelo agonístico de democracia*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 25, p. 11-23, Nov. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-44782005000200003&lng=en&nrm=iso. Acessado em 06 ago 2019

A diferenciação das categorias “inimigos” e “adversários” se desdobra na distinção entre as noções de “antagonismo” e “agonismo”: o primeiro corresponde à luta entre inimigos, ao passo que o segundo ilustra o embate entre adversários. As distinções são relevantes, uma vez que, na perspectiva do pluralismo agonístico, o propósito da política democrática seria sair de uma situação de antagonismo (embate entre inimigos) para agonismo (confronto de adversários).

A proposta da autora não consiste na eliminação de paixões da esfera do público com a negativa de subjetividades sob justificativa de promoção de um consenso racional, mas sim em mobilizar essas paixões, canalizando-as em favor de desígnios democráticos.

O reconhecimento desse confronto agonístico deve ser percebido enquanto condição de existência da democracia, uma vez que essa depende do reconhecimento e legitimação do conflito, e da recusa em suprimi-lo mediante imposição de ordem autoritária.

Superando a ideia de que o equilíbrio social residiria na uniformização dos indivíduos – que só seria atingida se aceita a imposição de um discurso dominante com o conseqüente apagamento das vozes discordantes –, compreende-se que uma sociedade para ser considerada verdadeiramente democrática, deve reconhecer o pluralismo de valores e necessita lidar com os conflitos inevitavelmente decorrentes dele.

Conclusão

A proposta de racionalidade moderna se estabelece a partir da dissociação com o passado e ressignificação de seus parâmetros norteadores, assumindo uma concepção individualista.

Amparada nessa razão moderna, a cultura jurídica que prevalece, quando examinada criticamente, mostra-se enquanto construção ocidental de perspectiva eurocentrizada, que se pretende fazer passar por parâmetro de neutralidade, sem reconhecer seu viés tendencioso.

Conforme ficou demonstrado, a imposição enquanto discurso pretensamente neutro e universal dessa formatação jurídica, na realidade tende a invisibilizar e silenciar outros sujeitos e seus processos organizacionais e de administração de conflito só porque não se adequam aos limites traçados pelo grupamento dominante.

Acontece que, em decorrência da complexidade dos arranjos sociais, a proposta singular de lógica jurídica não logra fazer frente às dimensões dos conflitos decorrentes da pluralidade social.

Nesse contexto, tem-se que a democracia liberal falhou, não apenas empiricamente, mas constitutivamente, quando pretendeu subsumir a pluralidade das demandas políticas baixo uma perspectiva universalizante de valores¹⁷.

Constatou-se a necessidade de uma abordagem que administre diferenças e enxergue a coexistência de distintos sistemas, ao invés de forçar uma concepção homogeneizante limitadora.

Essa superação do paradigma singular do Direito é enriquecida pelas construções teóricas feitas por Chantal Mouffe a partir da compreensão da inafastabilidade do dissenso e conflito do tecido social.

Rompendo com o binômio característico da modernidade universalismo *versus* individualismo, a teórica inova ao propor um novo modelo democrático: a democracia radical ou pluralista. Reconhece a inafastabilidade das concepções de pluralidade/diversidade; e defende que as concepções sustentadoras da ideia de que o consenso inibiria as tensões sociais na realidade apenas escondiam uma pretensão de hegemonia dos interesses de grupos pontuais detentores de poderes políticos e econômicos¹⁸.

¹⁷ LUJAN MARTINEZ, Horacio; SILVA, Rita de Cássia Lins e. *De enemigos a adversarios: la transformación del concepto de "lo político" de Carl Schmitt por Chantal Mouffe*. Andamios, México, v. 11, n. 24, p. 83-102, abr. 2014. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100005&lng=es&nrm=iso Acessado em 06 agosto 2019.

¹⁸ FORTES, Larissa Borges; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. *Da teoria de Chantal Mouffe à prática democrática boliviana: o pluralismo como horizonte*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 146-176, Mar. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100146&lng=en&nrm=iso. Acedado em 06 ago. 2019.

A autora coloca-se à defesa de uma concepção de democracia pluralista sustentando a impossibilidade de alcançar-se o consenso racional porquanto esse representaria, na realidade, a estabilização do poder e uma forma de exclusão, ao invés de representar o fruto da prevalência da racionalidade sobre a subjetividade.

Pela perspectiva adotada, a busca pela construção de consenso racionais, na verdade, representaria o esvaziamento do pluralismo do cenário político. Por essa razão, a teórica não só abraça o caráter inerentemente conflitual do pluralismo moderno, como atesta a importância da correta delimitação das paixões e da subjetividade dos sujeitos, a fim de quedarem demarcados os “nós” e os “eles”, os quais portar-se-ão enquanto adversários e estabelecerão processos dialógicos para administração dos conflitos¹⁹.

A admissão do dissenso mostra-se, assim, essencial para a sobrevivência do regime democrático, uma vez que, diferentemente do que o discurso da racionalidade moderna pretende fazer crer, o embate adversarial é o caracteriza aquele regime.

A imposição de concepções unas ou a tentativa de naturalização de experiências singulares são, na realidade, formas de exclusão, que restam combatidas nessa concepção plural ora proposta. A variedade das vivências que compõem a paleta social e os naturais confrontos entre posições contrárias demandam a aceitação de que a administração dos conflitos passa pela aceitação da construção de uma fraternidade adversarial na qual busca-se a harmonização das divergências a partir do diálogo.

Pelo exposto, nota-se a melhor adequação dessa proposta pluralista à multiplicidade de vozes que compõem a sociedade contemporânea, e sua excelência e superioridade em relação ao modelo monista tradicional para

¹⁹ LUJAN MARTINEZ, Horacio; SILVA, Rita de Cássia Lins e. *De enemigos a adversarios: la transformación del concepto de "lo político" de Carl Schmitt por Chantal Mouffe*. Andamios, México, v. 11, n. 24, p. 83-102, abr. 2014. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100005&lng=es&nrm=iso Acessado em 06 agosto 2019.

fazer frente à complexidade dos desafios representados pelas dinâmicas sociais e estruturas de poder postas.

Referências

ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 18, n. 43, p. 88-115, Dec. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222016000300088&lng=en&nrm=iso. Acessado em 29 jul 2019

CURSO de sociologia jurídica: pluralismo jurídico, 2013. 1 vídeo (2:26:38). Publicado pelo canal EMERJ Eventos. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qP7fiRJ2SvI> Acesso em 29 jul 2019

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Construindo as Epistemologias do Sul: Antologia essencial: Volume II: Para um pensamento alternativo de alternativas. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Antologia_Boaventura_PT2.pdf. Acessado em 29 jul 2019.

FORTES, Larissa Borges; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Da teoria de Chantal Mouffe à prática democrática boliviana: o pluralismo como horizonte. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro , v. 9, n. 1, p. 146-176, Mar. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100146&lng=en&nrm=iso. Acesado em 06 ago. 2019.

GANDARA, Manuel. Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro , v. 8, n. 4, p. 3117-3143, Dec. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000403117&lng=en&nrm=iso. Acessado em 04 ago 2019.

LUJAN MARTINEZ, Horacio; SILVA, Rita de Cássia Lins e. De enemigos a adversarios: la transformación del concepto de "lo político" de Carl Schmitt por Chantal Mouffe. **Andamios**, México , v. 11, n. 24, p. 83-102, abr. 2014. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100005&lng=es&nrm=iso Acessado em 06 agosto 2019.

MOUFFE, Chantal et al. Democracia y conflicto en contextos pluralistas: entrevista con Chantal Mouffe. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro , v. 21, n. 2, p. 749-

762, June 2014 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-59702014000200749&lng=en&nrm=iso Acessado em 04 ago 2019.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Buenos Aires: Paidós, 1999.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba , n. 25, p. 11-23, Nov. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-44782005000200003&lng=en&nrm=iso. Acessado em 06 ago 2019

PLURALISMO jurídico, 2017. 1 vídeo (08:56). Publicado pelo canal Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Slqg72ojmTk> Acessado em 29 jul 2019.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio**. Brasília a. 39 n. 154 abr/jun 2002. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/781/R154-16.pdf> Acessado em 07 jul 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos; MACHADO-FAGUNDES, Lucas. As limitações do racionalismo emancipador eurocêntrico à luz do pluralismo jurídico enquanto criticidade periférica. **Opin. jurid.**, Medellín , v. 16, n. 31, p. 89-116, June 2017 . Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302017000100089&lng=en&nrm=iso. Acessado em 05 ago 2019.

(Im)possibilidade de negociação processual atípica nos processos administrativos disciplinares: uma análise da possível mitigação do poder de império a partir da atuação correcional do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)/regional Pernambuco ¹

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo ²

Roberta Cruz da Silva ³

Shayenne Ladislau Silva ⁴

Introdução

O presente estudo aborda a possibilidade de construir uma relação dialógica entre Administração Pública e o servidor, na condução dos processos administrativos disciplinares, tendo como amostra, os processos do INSS/Regional Pernambuco.

¹ Estudo produzido no âmbito do Programa INICIA/ASCES-UNITA

² Doutor em Direito pela Universidad de Castilla - La Mancha (UCLM), Espanha, revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestrado em Direito pela Universidad de Salamanca (USAL) na Espanha, revalidado pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), docente no Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA/Bacharelado em Direito) e na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP/Especialização em Direito Tributário), Promotor de Justiça (MPPE).

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bacharela e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Docente na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP/Bacharelado em Direito e Especialização em Direito Tributário); e nas pós-graduações da Escola Superior da Magistratura Trabalhista (ESMATRA VI); da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA/PB); do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS); e da Faculdade Egas Moniz. Pesquisadora do Grupo GEDA (UNICAP/CNPQ). Advogada.

⁴ Bacharela em Direito pela ASCES-UNITA. Foi pesquisadora bolsista do Programa INICIA/ASCES-UNITA.

Partiu-se do seguinte problema de pesquisa: é possível adotar a negociação processual atípica, prevista no CPC/2015, nos processos administrativos disciplinares?

O tema é relevante, atual, de caráter interdisciplinar e controvertido. Além de seus desdobramentos teóricos, apresenta repercussão de ordem prática na gestão pública, e obviamente, nos interesses dos servidores estatais.

No tocante à metodologia da pesquisa, inicialmente, acreditou-se na hipótese de que a abertura para negociação na esfera pública poderia ferir o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Desse modo, adotou-se o método hipotético-dedutivo, para submeter a hipótese a teste. Ademais, realizou-se vasta pesquisa bibliográfica, que foi a base para um estudo explicativo, com a finalidade de buscar informações relativas ao estado da arte da gestão pública consensual no Brasil, especificamente, no concernente aos PAD's federais. O estudo evoluiu da pesquisa explicativa para exploratória, com o intuito de avaliar se a adoção do consensualismo tem sido responsável pela possível desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Estudou-se a possibilidade de confluência entre os dispositivos legais que regem os PAD's e o processo civil, com a análise do artigo 15 do CPC.

Por fim, realizou-se uma análise dos processos administrativos disciplinares do INSS/Regional PE, examinados a partir de dados disponíveis no site da Corregedoria Geral da União. Buscou-se por meio dos canais de comunicação, identificar se o referido Instituto adotou no período de 18 de março de 2016 a 30 de junho de 2019 a convenção processual atípica.

A escolha do INSS se deveu ao fato de que a entidade era, à época da pesquisa, o ente estatal que aplicava o maior número de sanções a seus servidores, e a delimitação a Pernambuco, ocorreu por ser o domicílio dos pesquisadores e a localização das Instituições em que trabalham.

Já o lapso temporal se justifica pelo início da vigência do CPC/2015, em março de 2016, e a data limite estabelecida considerou o final da coleta

de dados, para que houvesse tempo hábil para análise e apresentação do trabalho em novembro de 2019, no Publius.

Adiante, serão expostos os pontos centrais da discussão proposta, com o intuito de contribuir para a compreensão e o debate sobre o tema.

1. Do poder de império à gestão consensual sem “perder o trono”

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu Texto, mais deveres do que o Estado estava preparado para executar, de modo que, as ferramentas viáveis para se trabalhar uma possibilidade de execução fática da Democracia, de forma eficiente, foi algo que só se mostrou, ao menos formalmente, possível com a Reforma do Estado empreendida ao final da década de 1990.

Essa Reforma, como demonstrado por Araújo, Pimenta, Pinto e Rodrigues tinha como objetivo: “[...] conferir ao Estado maior capacidade de governança e de atuação econômica, política e social, a partir da promoção da gestão mais eficiente dos recursos públicos e da garantia dos direitos sociais e necessidades dos cidadãos.”⁵ com o intuito de conferir autonomia e condições ao Estado para desempenhar o seu papel.

Os movimentos transformadores do Estado contemporâneo permitiram o crescimento e expansão de fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública, que trazem consigo uma nova forma de administrar, pautada na convenção, essa permite que o interesse público seja conduzido a partir do diálogo, rompendo parcialmente, com o modelo tradicional imperativo e monológico, onde as decisões dependiam tão somente do Estado⁶.

É nesse cenário de expressivas mudanças que surge a Administração Pública dialógica, voltada a desenvolver um relacionamento comunicativo

⁵ ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; PIMENTA, Evaristo Caixeta; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha e RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O Estado em Rede na lógica do “Direito Administrativo” vivo. A&C: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Fórum, n. 57, ano 14, pp. 1-262, jul.-set. 2014.p.148

⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 10, pp. 271-288, abr.-jun. 2018.p.162.

com o administrado, proporcionando assim maior interação cidadã, conforme determinação da Carta Magna de 1988⁷.

Dessa forma, é possível observar que, esse viés consensual do Poder Público tem sua gênese pós Reforma do Estado, em um cenário onde todos caminhavam em busca de se adequar às exigências da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, Maia define Administração Pública dialógica ou consensual como sendo:

[...] realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel, essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica. Como resultado dessa ampla mudança, com a abertura do Direito Administrativo à consensualidade, outrora conduzido por uma gestão absolutamente autoritária, torna-se notória a visão moderna da Administração Pública e o seu novo modo de se relacionar com o administrado.⁸

Assim, ao mesmo passo que vem conquistando espaço no Poder Público esse novo método de gerir pautado na convenção, igualmente ganharam espaço na doutrina debates acerca da influência dessas alterações em institutos clássicos da Administração Pública como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Por esta razão, é impossível falar desse viés de mudança sem mencionar este instituto clássico do direito administrativo, e quais os efeitos da consensualidade no que diz respeito ao mesmo, assunto que será abordado na subseção seguinte.

⁷ MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 16, n 31, jan.-jun. 2014. p. 76.

⁸ MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 16, n 31, jan.-jun. 2014. p. 77.

1.1. Qual a razão de ser da soberania estatal?

No sistema jurídico brasileiro discute-se, rotineiramente, a Democracia frente ao sistema político, bem como, quais seriam as ferramentas eficazes para aproximar a sociedade da Administração Pública. Nesse sentido, Rousseau já alegava que:

[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada.

Digo, pois, que a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; [...]⁹

O contratualista apresenta em seu discurso a razão de ser da Administração Pública e como esta teve sua gênese pautada na soberania do Estado, sendo legitimada, diretamente, pelo povo, tornando a vontade do Estado soberana, por representar a coletividade.

Considerando o tempo remoto em que viveu o autor supracitado, a máxima por ele defendida continua sendo aplicável à seara pública do século XXI, com a ressalva de que esta vive dias de significativas mudanças.

A instituição pública tem empenhado esforços para buscar se adequar às ferramentas normativas que visam a impulsionar transformações para melhor atender às demandas de um Estado contemporâneo. Esse fenômeno é o que Oliveira (2008, p.162) denominou de: “[...] leitura atualizada da consagrada expressão bem comum”¹⁰.

⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. [Tradução: Antonio de Pádua Danesi]. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.33.

¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 162

Em vista disso é que Castells, em sua obra, convida todos a uma reflexão voltada para os potenciais impactos que podem advir desse avanço acelerado das tecnologias de informação nas mais diversas áreas da vida social. É nesse sentido que Pinheiro, ao fazer uma análise da obra do referido autor, afirma: “Estamos na era da informação, onde as buscas de novos referenciais devem ser compatíveis com os rumos e valores de uma nova sociedade”¹¹.

A mudança é inerente ao processo de evolução da sociedade e terá seu reflexo em todas as áreas da vida social, inclusive no Direito. O que é importante, segundo a mencionada autora, são as fontes de referência que vão conduzir a transformação, que devem estar em harmonia com os valores esperados de uma sociedade democraticamente promissora.

Pode-se concluir que, apesar da força inevitável das transformações sociais, é relevante que prevaleça a essência dos valores edificados em prol da coletividade.

Nesse sentido, a próxima subseção desse artigo cuidou de avaliar como se dá o desenvolvimento do consenso e a preservação da soberania estatal.

1.2. Poder do diálogo: consensualismo como protagonista da legítima soberania

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a tentativa de adoção do modelo administrativo gerencial. Esse, por sua vez, desencadeou uma atuação administrativa que almeja a consensualidade, iniciativa que vem se acentuando e conquistando espaço em todo ordenamento jurídico brasileiro.¹²

A Administração Pública brasileira caminha no sentido de acompanhar a evolução daquela que foi em sua origem fonte de inspiração,

¹¹ PINHEIRO, Edna Gomes. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.p.4 Disponível em:http://sistemas.aids.gov.br/incentivo/Biblioteca/Gestao_governanca/a_sociedade_em_red_e.pdf. Acesso em: 24 de agosto de 2019.

¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Bahia, 2016. p.428.

qual seja, a França, berço da disciplina. Pois, como anotou Gaudin *apud* Oliveira:

[...] na França *contratualização e descentralização* são fenômenos imbricados, afirma que nesse país a difusão de métodos contratuais operou-se em um enfoque de dupla renovação: (i) formas de participação e consulta pública e (ii) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública. (Grifos do autor)¹³

Vale ressaltar que este é apenas um singelo exemplo das diversas mudanças que o Direito Administrativo na Europa vem vivenciando ao longo desses últimos anos, pautado no “[...] direito fundamental a uma boa administração”.¹⁴

Nesse panorama, Batista Jr. e Campos pontuam que:

Na mesma medida que o modelo de Administração burocrática atravessou o tempo, modificando-se, evoluindo de uma Administração de ideal liberal, para uma Administração que precisa atender as demandas sociais por meio de serviços públicos, também a forma de atuação dessa Administração Pública merece se adequar a um novo paradigma do agir administrativo.¹⁵

Acontece que, não condiz com o Estado Democrático de Direito, ter uma Administração, enquanto responsável direta pela propagação dos direitos fundamentais, atuando com um perfil impositivo.

Outro aspecto desse pensamento pode-se perceber na narrativa de Schwanka ao defender que “[...] a Constituição quando elencou o rol de princípios lá no artigo 37, todos voltados à atuação da administração pública abriram as portas para um cenário de mudanças”.¹⁶ É plenamente

¹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.25.

¹⁴ SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 80, n. 3, p. 69-95, jul.-set. 2011. p.87.

¹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. *Revista Fórum Administrativo - FA*. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 155, pp. 31-43, 2014.p.42.

¹⁶ SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 80, n. 3, p. 69-95, jul.-set. 2011.p. 91.

possível a seguinte interpretação: a Constituição Federal de 1988 autorizou uma redemocratização dentro do Poder Público.

Esses princípios, supracitados, são propulsores de uma transformação operacional da Administração Pública, voltada à democratização. Destaque-se que esse é um dos motivos pelo qual doutrinadores, a exemplo de Medauar, Oliveira e Schwanka, já mencionados, tem propagado os benefícios da implantação de uma gestão consensual, prezando por uma cultura centrada no diálogo.

A Administração Pública tem sua discricionariedade reduzida e mitigada sua prática de imposição unilateral e autoritária na tomada de decisões, passando a ceder espaço à atividade de consenso-negociação. O fato é que o diálogo tem assumido relevância na relação estabelecida entre o poder público e o particular. Nesse movimento de reter sua atenção à coletividade a Administração conhece mais de perto os anseios da sociedade. Passa a ter atividades voltadas a resolução de conflitos, a exemplo da mediação.

Esse novo modo de agir, não mais moldado tão somente sobre o “[...] ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público”, concede espaço ao cidadão, indivíduo destinatário desse ato, e que agora, por meio do consenso, pode também participar da construção na tomada de decisões.¹⁷

Diante desse contexto, analisa-se a seguir, a preservação do bem comum, frente às inovações na forma de gerir a máquina pública.

1.3. Reinventando-se sem perder a essência: o bem comum

A doutrina clássica depara-se com lados extremos no tocante à Supremacia do Interesse Público. Os defensores, autores da envergadura de Di Pietro¹⁸, bem como críticos da visão tradicional do aludido princípio

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 2003.p. 78.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Existe um novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 05-09.

a respeito de Binenbojm¹⁹ e Moreira Neto²⁰. Neste trabalho buscou-se o equilíbrio, uma vez que não se despreza a importância de tal instituto, ao mesmo passo que se entende a relevância das transformações contemporâneas. Assim, defende-se o equilíbrio e a ponderação em prol de uma efetividade eficiente do Direito Administrativo.

Importante salientar que este movimento de integração na seara pública, no sentido de torná-la democrática, e por assim dizer, com participação efetiva do cidadão, não compromete o princípio da Supremacia do Interesse Público, busca tão somente apresentar uma nova forma de ler alguns institutos, levando em consideração essa nova forma de se relacionar da Administração Pública com o administrado.

Neste sentido, após uma reflexão do pensamento de Cretella Jr., Carvalho Filho conclui que: “[...] o interesse público deve constituir efetivamente o fim maior do Estado, o alvo a que se deve dirigir, a meta, enfim, a alcançar”²¹. Ele defende ser a Supremacia do Interesse Público um eixo central para os outros princípios, como por exemplo, o da Legalidade.

O aludido autor²² baseado, sobretudo, em Gasparini mostra que modernidade nenhuma é capaz de alterar ou negar a relevância (essencial para Administração Pública) do princípio da Supremacia do Interesse Público.

O consensualismo não vem “desconstruir” o princípio da Supremacia do Interesse Público, que permanecerá soberano, porém novos caminhos serão adotados para efetivar essa supremacia, pois, de que adianta ser supremo e não ter mecanismos eficientes para atingir e garantir anseios sociais elementares?

¹⁹ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.152. ²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p.72.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp.72-76.

Dessa forma, faz-se necessária uma supremacia com ferramentas que efetivem a concretização do bem comum. Deve-se destacar que o diálogo, na execução dos direitos e garantias, é acentuadamente relevante, de modo que contribui com a Supremacia, e em nada mitiga. A Supremacia será exercida, porém em alguns aspectos, por outros meios.

Nesse sentido, pertinente destacar um dos institutos públicos que carecem de diálogo, o Processo Administrativo, que segundo Marinela, constitui:

[...] instrumento de legitimação da conduta dos Administradores, para documentar e padronizar as atividades administrativas, tem bastante amplitude e grande importância, não só para o Direito Administrativo como também para os demais setores da ordem jurídica.²²

Justificando-se, assim, a importância de que este também recepcione a consensualidade como ferramenta promotora da participação democrática, haja vista sua relevância e alcance na sociedade.

Entretanto, surgem alguns questionamentos: como seria possível inserir no âmbito do processo administrativo o diálogo? Quais instrumentos seriam adequados para promover tal inserção? Na próxima seção do presente trabalho buscou-se enfrentar alguns aspectos desses dilemas.

2. As inovações do código de processo civil de 2015 representam um convite para o diálogo na esfera pública? nesse cenário, qual o papel do princípio do formalismo moderado?

Nesta seção do artigo, analisou-se a cláusula geral da negociação processual do Código de Processo Civil de 2015, que consiste na possibilidade do processo judicial recepcionar “[...] atos negociais que se preocupam em regular o comportamento das partes no processo ou até mesmo o conteúdo das normas processuais, intensificando a cooperação

²² MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.1131.

entre os litigantes”²³, com a finalidade de identificar se é possível sua aplicação no processo administrativo, bem como, estudou-se o princípio do formalismo moderado, característico desse tipo de processo, e seu alcance diante de um cenário de negociação.

2.1. Convenção processual como expressão do diálogo e as modulações da atipicidade

O Processo Civil ampliou significativamente os meios de conciliar a partir do Código de 2015, diante do incentivo à autocomposição, pois “[...] inaugura a cláusula geral de negociação que inova ao validar os negócios jurídicos processuais atípicos, conferindo às partes maior participação na construção do Processo”²⁴

Um dos objetivos desse movimento é garantir maior celeridade na resolução da lide a partir da promoção de uma maior interação entre as partes, na conformidade do que preceitua a Carta Magna de 1988.

O artigo 190 do referido Código determina que antes ou durante o processo, será permitido às partes, desde que plenamente capazes, ou devidamente assistidas quando se tratar de pessoa com deficiência, firmar alterações no procedimento permitindo assim um ajuste às especificidades da causa, bem como, convencionar sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Para tanto, será necessário que as partes estejam de comum acordo, e que sejam respeitadas as normas processuais e igualmente observado os princípios e garantias constitucionais.²⁵

O fato é que, com essa novidade o legislador introduziu inúmeras possibilidades para celebração de acordos consensuais, ao trazer na cláusula geral dos negócios processuais além das hipóteses típicas: “Houve

²³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, vol. 254/2016, pp. 91-109, abr, 2016.p.01.

²⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire; MOTA, Natália Lobo. *Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199>. Acesso em: 07 de janeiro de 2019.p.06.

²⁵ BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2019.

explícita delegação da competência para os definir: do legislador, para as partes (cuja criatividade consubstanciará todos os acordos processuais, que não os típicos)”²⁶.

Os negócios processuais são ferramentas importantes para o cumprimento dos princípios da cooperação e efetividade processual. Nesse âmbito, os limites desempenham relevante função ao estabelecer um equilíbrio entre a vontade das partes, sem permitir que se desvirtue o direito processual de sua natureza pública²⁷. Ainda nesse sentido, vale destacar que, dentre as mudanças positivas advindas, tem-se a promoção da liberdade e do autorregramento da vontade das partes.

A relevância do aludido dispositivo percebe-se a partir da análise de que, são tantas as nuances que tangem ao processo, que ficaria inócuo ter preestabelecido um rol taxativo para atender com precisão a todas as possibilidades.

É válido consignar que o Código de Processo Civil de 1973 já tratava dos negócios jurídicos processuais típicos, no entanto, a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, dá-se no tocante à previsão de uma cláusula geral que contempla a negociação processual atípica²⁸.

Destaque-se que o legislador cuidou de sujeitar esses negócios atípicos à duas condicionantes explícitas na norma legal. A primeira, é que seja um litígio que admita a autocomposição, aqui é relevante mencionar que se deve atentar para que não exista confusão com os direitos disponíveis. E o segundo, versa sobre a obrigatoriedade de que sejam as partes capazes²⁹.

Desse modo, ficam evidentes os benefícios que o artigo 190 do CPC/2015 oferece ao processo. Entretanto, resta ainda compreender se é

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, ago. 2018. p. 138.

²⁷ PIMENTEL, Alexandre Freire; MOTA, Natália Lobo. *Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199. Acesso em: 07 de janeiro de 2019. p.06.

²⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A recuperação judicial e os negócios jurídicos processuais. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol. 9/2018, jul. - set., 2018. p. 02.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, ago. 2018. pp. 146 e 150.

possível ou não a adoção desse tão relevante e inovador artigo, mencionado, pelo Poder Público. Por essa razão, a subseção seguinte abordará essa temática.

2.1 (Im)possibilidade de negociação processual nos processos administrativos

Para que se responda ao questionamento anterior, é necessário enfrentar alguns fatores. Apesar da legislação, em casos específicos, já permitir a celebração de acordo substitutivo, como é o caso dos “[...] acordos firmados por órgãos ambientais, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e, especialmente, pelas agências reguladoras”, ausência de norma autorizativa à celebração de acordos entre o administrador público e o particular gera muita insegurança jurídica³⁰.

Diante desse contexto, em 25 de abril de 2018, a Lei nº 13.655 alterou o Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, mais conhecida como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), inserindo norma que origina um regime jurídico geral que permite a promoção de negociações através de acordos e compromissos entre o administrador público e o particular.

Essa alteração tem por finalidade eliminar irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas, promovendo a consensualidade entre o administrador e o administrado³¹.

O permissivo genérico, que confere maior segurança jurídica à solução consensual, na esfera pública, encontra-se presente no artigo 26 da Lei nº 13.655/2018, e segundo Diniz é responsável por: “[...] estabelecer

³⁰ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista Direito de Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018.p.139.

³¹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista Direito de Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018.p.139.

um regime para que as negociações entre autoridades públicas e particulares contenham transparência, e eficiência, por permitir o diálogo”.³²

Vale mencionar que, para que esse compromisso substitua o processo administrativo será necessário que obedeça à alguns critérios estabelecidos na norma, como determina o artigo 26 da Lei nº 13.655/2018:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I- buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

[...]

III- não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV- deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.³³

Esses critérios estabelecem limites, bem como, conferem “[...]competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro”, com isso, as prerrogativas públicas, como a sancionatória e a fiscalizatória, podem ser objeto de pactuação³⁴.

³² DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum - RA*, eISSN 2359-6889, Marília- São Paulo, vol. 19, N. 2, mai. - ago. 2018.p. 306.

³³ BRASIL. *Lei Nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm > Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

³⁴ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista Direito de Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018. pp. 146 e 150.

Pertinente frisar que o CPC/2015 inovou, também, ao trazer dentre as suas disposições à possibilidade de aplicação “supletiva e subsidiária” de suas normas a outros processos além do âmbito cível, em seu artigo 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”³⁵. Destaque-se que fica dispensada a edição de reulamento administrativo para aplicação de norma processual civil, pois o art. 15 do CPC/2015 traz em seu texto uma determinação legal expressa, de modo que atende ao princípio da legalidade³⁶.

Assim, com base no exposto, pode-se afirmar que é permitido à Administração Pública aplicar a cláusula de negociação atípica em processo administrativo, sem que, venha a transgredir alguma disposição constitucional, ou até mesmo infraconstitucional.

Superado esse questionamento, para a subseção a seguir, resta identificar os principais desafios que cercam a negociação processual atípica nos processos administrativos, a partir da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal.

2.2. Qual a perspectiva do princípio do formalismo moderado?

Vencido o questionamento inicial, resta, ainda, abordar o amparo principiológico, presente na Lei nº 9.784/1999, por meio do princípio do formalismo moderado.

No tocante à relação entre a negociação processual e o processo administrativo, Moreira e Ferraro pontuam:

As negociações processuais, enfim, devem ser legítimas e republicanas, marcadas exatamente por aquilo que deve reger toda atuação administrativa,

³⁵ BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2019.

³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, ago. 2018.p.03.

com especial destaque para a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência. Visando, a maior grau, eficiência nos processos administrativos, a propósito, podem ser utilizadas justamente por aqueles que conhecem suas peculiaridades na dimensão prática, a evitar a realização de medidas desnecessárias e formalismos inúteis³⁷.

É nesse cenário que está inserido um dos protagonistas principiológicos do presente trabalho: o formalismo moderado, que compõe o rol de princípios basilares do processo administrativo.

A Lei nº 9.784/1999 elencou em seu artigo 2º, parágrafo único, incisos VIII e IX, o referido princípio, que tem como viés o estímulo ao diálogo e a redução de formalidades desnecessárias. Sua definição, nas palavras de Medauar:

[...] o *princípio do formalismo moderado* consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo. (Grifos do autor)³⁸.

Neste mesmo sentido, Andrade, faz uma interessante comparação entre a definição de Medauar e a de Di Pietro:

Em função do princípio do formalismo moderado, vigora o entendimento segundo o qual o processo administrativo não se submete a fórmulas especiais para sua materialização.

Este princípio é também citado na doutrina com o nome de princípio do informalismo, embora a Professora Odete Medauar entenda que “essa expressão não é correta, porque dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo. Há ritos e formas inerentes a todo procedimento” (MEDAUAR, 1993, p,122).

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, ago. 2018.p.07.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 168.

É esse o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para quem “informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documento tudo aquilo que ocorre no seu desenvolvimento; é **informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas**” (DI PIETRO, 1997, p. 401). (Grifos nosso)³⁹.

O impasse fica por conta da interpretação frente à nomenclatura escolhida por ambas. Ainda nesse panorama, explicam Espinosa e Soares (2018, p.16):

Na realidade, o exercício do *ius puniendi* estatal deve perseguir dois objetivos distintos, mas que em nenhum momento são conflitantes, quais sejam, a necessidade de eficiência e celeridade da repressão disciplinar, com vistas ao bom funcionamento da máquina administrativa, e a necessidade de assegurar a observância das garantias constitucionais dos servidores acusados, evitando-se o arbítrio das autoridades administrativas⁴⁰.

Diante destes argumentos, entende-se que, não obstante a nomenclatura, o pensamento dos autores mencionados por último, a de que o processo administrativo não pode e não deve se afastar de sua real finalidade por questões meramente formais.

Ademais, o que deve prevalecer em todo o processo administrativo, inclusive o disciplinar, onde se exercita o poder punitivo, são as garantias constitucionais dos envolvidos, seja um cidadão ou um servidor.

Diante desse cenário de transformações em busca de garantir direitos fundamentais, este trabalho cuidou de analisar processos administrativos disciplinares do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS/Regional Pernambuco, para identificar se houve negociação processual atípica. Desse modo, cuidou a próxima subseção desta missão, explicando os motivos da escolha do Instituto.

³⁹ ANDRADE, Samira Hamud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 37/2001, out.-dez. 2001.pp. 16-17.

⁴⁰ ESPINOSA, Marcelllo; SOARES, Wilcinete Dias. *Poder Disciplinar e Processo Administrativo*. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/poder-disciplinar-e-processo-administrativo>>. Acesso em 08 out. 2019.p. 16.

3. O Instituto Nacional de Seguro Social(INSS)/regional Pernambuco como amostra de um estudo empírico

Nesta seção há uma análise dos Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)/Regional Pernambuco, examinados a partir de dados disponíveis no site da Corregedoria Geral da União (CGU). Em seguida, buscou-se por meio da comunicação via e-mail, já que não havia dados disponíveis no *site* mencionado, aferir se o referido Instituto adotou no período de 18 de março de 2016 a 30 de junho de 2019 a convenção processual atípica em seus PAD's.

Antes da apresentação de qualquer dado, é necessário esclarecer que o INSS foi escolhido pelo fato de que, à época, era o ente público federal que mais aplicava sanções aos seus servidores, segundo dados do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, consolidados em julho de 2018. Com a ressalva que, neste trabalho, cuidou-se de analisar apenas os processos disciplinares envolvendo os servidores do INSS de Pernambuco, estado onde residem os autores e estão localizadas suas Instituições de pesquisa.

Por sua vez, o lapso temporal se justifica pelo início da vigência do CPC, em março de 2016, e a data limite estabelecida considerou o final da coleta de dados, para que houvesse tempo hábil para análise e apresentação do trabalho.

E por que os PAD's? Dentre os tipos de processos administrativos existentes, aquele que mais poderia ser resistente ao uso da negociação processual, seria o PAD, devido à sua natureza, à ausência de obrigatoriedade de presença de advogado, entre outras características. Entretanto, seja uma da área que mais careça de instrumentos de efetividade, desde que se respeite o devido processo legal.

3.1. Os fatos em números

Para uma melhor visualização dos dados colhidos, nesta subseção, optou-se por trabalhar com gráficos.

Relevante destacar que, o prazo de um PAD é de 60 dias, prorrogáveis por igual período, conforme previsto na Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O artigo 152, *caput*, determina: “O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.”

Aplicado o filtro, com os recortes próprios da pesquisa, no tocante a região e o lapso temporal escolhido, restaram 23 processos administrativos disciplinares tramitando nesse período. Optou-se por descrever suas nuances, como a matéria julgada (infração), bem como a sua duração por meio de 03 (três) gráficos.

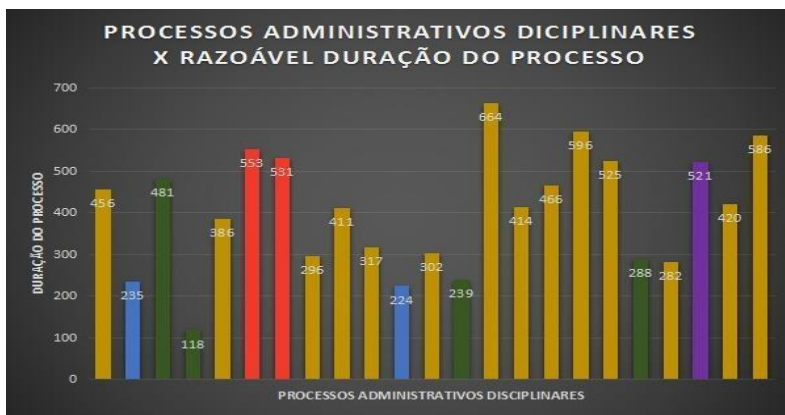
Neste primeiro gráfico, intitulado “**Processos Administrativos Disciplinares: matéria x sanções**”, estão dispostos os 23 (vinte e três) PADs, de modo que em cada coluna tem-se a matéria de que tratou o processo, codificada por algarismos romanos, e a sanção imposta a cada um dos envolvidos disposta por cores conforme a legenda.

Por exemplo, o primeiro PAD teve como matéria a concessão irregular de benefícios, licenças ou autorizações, e apenas um servidor sendo investigado, já no segundo PAD a discussão material tratou de irregularidades específicas, com, 3 servidores sob investigação, outros 2 servidores foram suspensos e 1 servidor recebeu advertência.



Matéria: I – Concessões irregulares de benefícios, licenças ou autorizações; II – Irregularidades específicas; III- Inassiduidade habitual e abandono de cargo; IV Assédio moral; e V – Recebimento de propina ou comissão.

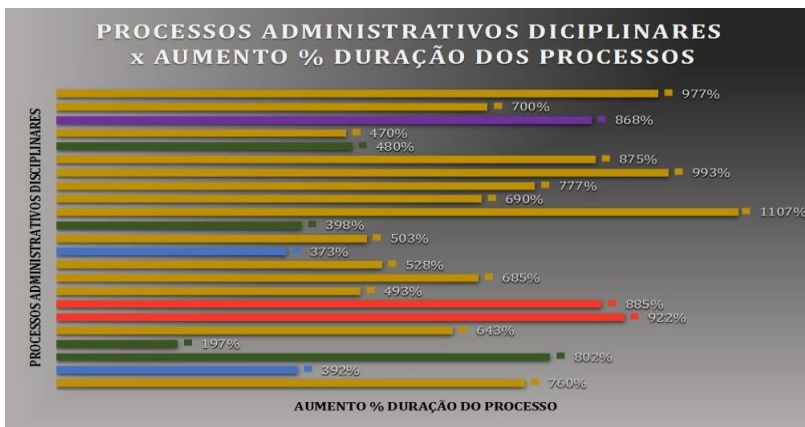
Resumindo, havia 37 servidores em processo de investigação, 11 servidores foram suspensos, 17 servidores sofreram a sanção expulsiva e 2 servidores receberam advertências. Percebe-se a prevalência da expulsão sobre as demais sanções.



Matéria Processual por cor: amarelo: I concessões irregulares de benefícios, licenças ou autorizações, azul: II irregularidades específicas, verde: III inassiduidade habitual e abandono de cargo, vermelho: IV assédio moral e roxo: V recebimento de propina ou comissão.

No segundo gráfico, intitulado “**Processos Administrativos Disciplinares x Razoável Duração do Processo**” tem-se as matérias também codificadas por cores, para facilitar a leitura visual. Esse gráfico apresenta em dias a duração dos 23 (vinte e três) PADs. De modo, que

nitidamente, observa-se que nenhum deles durou o prazo legal de 60 dias. Esse é um dos fatores mais preocupantes, pois a inobservância desse prazo “abre espaço” para uma série de violação a princípios do processo legal, gerando desde uma despesa excessiva para os cofres do estado até a violação de direitos fundamentais.



No terceiro e último gráfico, identificado como “**Processos Administrativos Disciplinares x Aumento % Duração dos Processos**”, a violação do prazo processual fica ainda mais nítida, pois o excesso de dias está representado em porcentagem.

A partir desses números, é possível concluir que, em um sistema em que o prazo “mais próximo do limite legal” ultrapassou em 197% o estabelecido no Estatuto do Servidor, urgem ferramentas e institutos que o fomente a adequação à norma.

3.1 Possibilidades promissoras

Após o levantamento dos processos e a análise de sua duração, por meio do *site* da CGU, foi encaminhado, no dia 14 de setembro de 2019 um e-mail, via portal do Sistema Eletrônico de Serviços de Informação ao Cidadão – e-SIC ao Órgão Superior Ministério da Economia, vinculado o INSS.

O questionamento foi se no período de 18 de março de 2018, até 30 de junho de 2019, fora aplicada a negociação processual nos PADs e, no caso de resposta afirmativa, qual negociação havia sido realizada, tendo como opções: rateio de despesas processuais; previsão de meios de comunicação alternativos entre as partes; produção antecipada de prova negociada e outras convenções probatórias; supressão de etapa de processo administrativo; escolha consensual de perito; legitimação extraordinária negocial; fixação de calendário para a prática de atos processuais; e aplicação de sanção alternativa.

No dia 18 de setembro de 2019 obteve-se resposta ao pedido de informação, cujo número de protocolo é 03006.007035/2019-26 . Veja-se a manifestação da área técnica da Corregedoria do INSS:

Em 2017, foi publicada a Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017 (anexo), que versa sobre a possibilidade de celebração de termo de Ajustamento de conduta – TAC em casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo. Na mesma linha, a Corregedoria do INSS instituiu o TAC, no âmbito dessa Autarquia Previdenciária, mediante PORTARIA Nº 42/CORREG/INSS, DE 09 DE OUTUBRO DE 2017, em anexo, com a inclusão de obrigação de fazer (participar de cursos de ética no serviço Público e Deveres e Proibições legais) no prazo ali concedido, além das demais cláusulas. Após a publicação da Portaria em epígrafe, foram celebrados 07 (sete) TAC's, cabendo somente a suspensão do PAD se já houver sido instaurado ou a sua não instauração no período transacionado, sob pena de instauração se houvesse quebra do acordo. Como resultado, os processos disciplinares não foram instaurados, economizando recursos financeiros e humanos, os servidores que aderiram ao termo, além de serem capacitados pelos cursos supracitados, redobram sua atenção e zelo no exercício de suas atividades laborais (atuação preventiva), bem como sofreram aplicação de penalidade disciplinar, caso cabível, ou mesmo não constou a instauração de processos disciplinares em sua ficha funcional, no caso de não instauração, restando ficha funcional sem antecedentes disciplinares. Ademais, o próprio TACs tem seu registro cancelado após o decurso de 2 anos a contar da data estabelecida para o término de sua vigência.”

Com isso, entende-se que não foi aplicado nenhum meio de negociação processual atípica nos PADs, e que o mais próximo dessa ferramenta dialógica que tem sido utilizado são os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), mas que são instrumentos diversos. Sendo assim, tem-se um campo inexplorado, e pela resposta apresentada, desconhecido, pela Administração Pública.

Conclusão

O modelo de gestão do Poder Público brasileiro tem sido confrontado com novos institutos jurídicos que pugnam por mais diálogo e eficiência, princípio esse inserido como propulsor para que essas mudanças sejam ferramentas efetivas na garantia de direitos constitucionais. Entretanto, imutável é sua finalidade: a busca pelo bem comum. Assim, embora sejam necessárias algumas transformações, institutos clássicos como a Supremacia do Interesse Público seguem inalteráveis, haja vista sua relevante capacidade de manutenção da ordem pública.

Observa-se que, apesar de não existir norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando o incremento de métodos concertados para a resolução de conflitos específicos para os PADs, este é plenamente possível por meios alternativos, em conformidade com a autorização expressa na LINDB, artigo 26, e no CPC/2015, em seu artigo 15.

Entende-se que, são relevantes as inovações que o instituto da negociação processual atípica apresenta como mecanismos para garantir procedimentos democráticos, céleres e eficientes. Entretanto, é indispensável, no estudo desse tema, enfrentar alguns dilemas no tocante a sua aplicabilidade prática.

A priori, certamente, a ausência de um rol, ao menos exemplificativo, na legislação referente a processos administrativos, descrevendo quais as possibilidades de negociação, causa certa insegurança ao aplicador do

direito e será motivação para que estudos doutrinários e a jurisprudência se posicionem.

A burocratização, característica inerente no sistema dos serviços públicos, pode ser apontado como um suposto inibidor diante dos servidores na hora de aplicar novos institutos de forma um tanto pioneira, haja vista se tratar de ferramentas atípicas, instituto incomum frente à rotina da Administração Pública.

Sendo assim, acredita-se que, será necessário uma iniciativa por parte da doutrina e dos entes estatais, a partir de suas decisões reiteradas, para instruir e iniciar práticas dessa natureza.

Afirmar que a negociação processual atípica, nos processos administrativos disciplinares, implicará em uma economia processual e que vão conferir maior eficiência ao processo, é prematuro, uma vez que, não se tem dados, ainda. Porém, é ousado, mas factível, opinar que, diante da análise feita nos PADs do INSS é preciso o quanto antes adotar novas ferramentas, que viabilizem o cumprimento dos princípios, promovendo o direito ao diálogo. Vislumbra-se, na negociação processual atípica, um potencial promissor para atuar como instrumento garantidor dos direitos das partes litigantes, sejam eles servidores ou particulares, promovendo a celeridade e evitando futuras judicializações.

Referências

ANDRADE, Samira Hamud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 37/2001, pp.196- 222, out.-dez. 2001.

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de; PIMENTA, Evaristo Caixeta; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha e RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O Estado em Rede na lógica do “Direito Administrativo” vivo. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Fórum, n. 57, ano 14, pp. 1-262, jul.-set. 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, p.428. Bahia, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. *Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 de agosto de 2019.

BRASIL. *Lei Nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. *Revista Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 155, pp. 31-43, 2014.

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 19-37.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 67-84.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Existe um novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 01- 09.

- DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum – RA*. E-ISSN 2359-6889. Marília – São Paulo, vol. 19, N. 2, pp. 305-318, mai.– ago. 2018.
- ESPINOSA, Marcello; SOARES, Wilcinete Dias. *Poder Disciplinar e Processo Administrativo*. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/poder-disciplinar-e-processo-administrativo>. Acesso em 08 out. 2019.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A recuperação judicial e os negócios jurídicos processuais. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. vol. 9/2018, jul. – set., 2018.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista Direito de Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, pp. 135-169, nov. 2018.
- MAIA, Taciana Mara Corrêa. A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 16, n 31, jan.-jun. 2014.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 2003. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. *Revista de Processo*. vol. 282/2018, pp. 475-510, ago. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 10, pp. 271-288, abr.-jun. 2018.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire; MOTA, Natália Lobo. *Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199. Acesso em: 07 de janeiro de 2019.

PINHEIRO, Edna Gomes. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. Disponível em: http://sistemas.aids.gov.br/incentivo/Biblioteca/Gestao_governanca/a_sociedade_em_rede.pdf. Acesso em: 24 de agosto de 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. [Trad. Antonio de Pádua Danesi]. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. 8o, n. 3, p. 69-95, jul.-set. 2011.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, pp. 91-109, abr, 2016.

Parte II

Desafios contemporâneos do acesso à justiça

**Racionalidade x subjetividade:
o papel da participação popular nas decisões jurídicas
e políticas no estado democrático de direito**

*Alexandre Moura Alves de Paula Filho*¹

Introdução: as decisões jurídicas e políticas no estado democrático de direito

Para organizar as ações e competências do Poder Público, costuma-se dividi-lo em três esferas: legislativa, executiva e judiciária, sendo as duas de natureza eminentemente política e a terceira de cunho jurídico. Isso se dá através do que se chama de repartição de competências, onde os poderes têm, cada qual, suas incumbências, devendo decidir sobre elas sem interferir, via de regra, no campo de outro, isto é, de modo harmônico e independente.

Nesse contexto, o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A atuação dos poderes Legislativo e Executivo tem forte caráter político, uma vez que seus representantes são escolhidos pelo povo, devendo, desta feita, atender aos anseios e necessidades daqueles que os outorgaram poder. Por outro lado, a atuação do Judiciário tem natureza

¹ Mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco, especialista em direito médico e da saúde pela FACESF, membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO, advogado e presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE – Subseccional Jaboatão dos Guararapes.

jurídica, uma vez que seus representantes foram investidos por concurso público para julgar litígios com base em preceitos previstos em fontes do direito, não sendo relevante a opinião da população (senso comum) diante do direito legislado.

Com base nessa distinção, o escopo deste trabalho é identificar os elementos que devem compor a decisão jurídica e a política, com base em sua natureza constitutiva, a fim de que elas estejam alinhadas ao Estado Democrático de Direito. Surge o problema de pesquisa: em que medida deve a racionalidade preponderar sobre a elementos subjetivos nas decisões jurídicas e políticas do Estado Democrático de Direito?

As lentes da análise que será feita consiste nos valores da racionalidade, que se pode entender como os parâmetros pré-estabelecidos, lastreados na razão, que inibam a inserção de elementos subjetivo daqueles que participam da decisão que, por sua vez, têm fulcro na emoção, e da participação popular como elemento de influência, a fim de conferir legitimidade às decisões estatais. Assim, a metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva, lastreada em revisão de literatura de material bibliográfico (artigos científicos e livros, nacionais e estrangeiros, das áreas de direito e ciência política) e legislativo (Constituição Federal e leis brasileiras).

Passa-se, inicialmente, ao estudo das decisões jurídicas, mormente as emanadas no Poder Judiciário.

1. A racionalidade e participação nas decisões jurídicas

Antes da Revolução Francesa, o cargo de magistrado era um direito de propriedade, que, por essa natureza, poderia ser herdado ou vendido, sendo, por tal condição, inerente a membros da nobreza².

A tomada do poder pela burguesia trouxe fortes impactos à função de julgar, sobretudo com a vigência do Código Civil Napoleônico, cujas

² PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no Novo Código de Processo Civil brasileiro: entre avanços e retrocessos. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, jan-jun/2016, p. 16.

normas – acreditava-se – preveriam todas as situações que demandassem interferência judicial. Trata-se do “mito da completude do ordenamento jurídico”, que tornava o juiz uma mera “boca da lei”, que marcou a fase chamada positivismo primitivo ou positivismo exegético, situada no momento histórico de grandes codificações.

Nessa fase, a decisão judicial se formava por uma operação silogística, aduzindo que não haveria lacunas ou incompatibilidade na lei e que o juiz era capaz de conhecer todo o conteúdo legislativo extrair dele a vontade pura do legislador, isto é:

o juiz simplesmente os aplica (enquanto premissa maior) ao caso que lhes é narrado (premissa menor). Do confronto entre caso (fato) e código (direito), nasce a decisão, que nada mais faz do que reproduzir o sentido normativo já contido na codificação³.

O positivismo kelseniano teve sua contribuição a superar essa fase, ao identificar que não há como extrair a vontade do legislador, isto é, que não é possível que a norma tenha um único sentido, estático no tempo e invariável de caso a caso. Kelsen propõe o conceito de “moldura semântica da norma”⁴: cada artigo de lei (cada norma abstrata) projeta vários sentidos possíveis, e seus limites são a própria semântica da linguagem utilizada no enunciado. O intérprete pode mover-se dentro da moldura, já que todas as interpretações possíveis serão aceitáveis, válidas⁵.

Ocorre que, na tentativa de superar o método que reduz o trabalho do juiz a simples “boca da lei”, Kelsen acaba conduzindo a uma hermenêutica de juízos discricionários, subjetivistas:

No capítulo final da teoria pura do direito, Hans Kelsen afirma estar fora da teoria do direito o problema do controle de aplicação/interpretação das normas. Sua teoria é pura para que o direito mantenha seu espaço como

³ ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVERIA, Rafael Thomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013, p. 328.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 247.

⁵ SCHMITZ, Leonard Zieseemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise da construção de respostas no processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015, p. 29.

ciência e não se transforme num moralismo. Para cada problema jurídico, diz ele, há várias soluções diferentes, todas elas plausíveis, ou seja, fundadas no direito posto. O critério de escolha é puramente subjetivo⁶.

Na pós-modernidade, a função de julgar passou a se tornar cada vez mais complexa na medida em que o próprio direito também evoluía, com mais fontes e métodos interpretativos/criativos. Desse percurso histórico, é possível perceber o processo de racionalização da decisão jurídica.

Para o estabelecimento de parâmetros racionais, há alguns constrangimentos (ou limitações) àquele que deve decidir, que tendem a evitar que a decisão se contamine de sua vontade pessoal e que siga passos necessários à sua validade no mundo jurídico.

O primeiro constrangimento é o dever de fundamentação das decisões judiciais, entendido como o “elemento da decisão em que o julgador vai analisar as questões e justificar racionalmente, através de uma exposição das razões de fato e de direito, o motivo do acolhimento ou não da pretensão”⁷.

O dever de fundamentação da decisão jurídica tem previsão na Carta Magna Brasileira, no art. 93, IX, que dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Outro constrangimento é a necessidade de observação do contraditório, isto é, dos elementos, provas e teses trazidas por todos os participantes do processo decisório. A participação intersubjetiva (isto é, de todos os sujeitos) no processo decisório visa à construção da decisão considerando tudo o que foi levado pelos que serão afetados.

Previsto também na CF/88, desta vez no art. 5º, LV, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É de se perceber como o Constituinte não fez

⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* São Paulo: FGV, 2013, p. 158.

⁷ GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 265.

qualquer distinção entre a área do direito material (penal, civil, trabalhista, etc.) discutido em âmbito judicial ou administrativo para a incidência plena do contraditório.

O contraditório visto como verdadeiro direito de influência do decisor (e não mero obstáculo formal ou burocrático do processo) é corolário de uma democracia participativa e deliberativa, não somente está atrelado ao processo jurisdicional, mas a toda decisão proferida no Estado Democrático de Direito. É direito de todo o cidadão influenciar aqueles que detêm poder para emanar as decisões estatais que possam interferir em sua vida⁸.

Se no âmbito político (como será enfrentado à frente) a participação popular efetiva é indispensável à legitimidade das decisões, no âmbito jurídico, o contraditório não pode ser mais analisado como “mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões”⁹.

Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes¹⁰.

No Brasil, essa interrelação entre fundamentação e contraditório é replicada, de modo mais claro, na legislação infraconstitucional. Veja-se o caso dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil e 155 do Código de Processo Penal:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Elsevier: 2011, p. 197-198.

⁹ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226.

¹⁰ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 781-782, *apud* NUNES, op. cit., p. 229

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Como elementos racionais, a fundamentação e a observação do contraditório, portanto, são deveres que inibem a inserção de elementos subjetivos na decisão jurídica – atitude conhecida doutrinariamente como solipsismo judicial.

O termo *solipsismo* (do latim *solu*, «só» + *ipse*, «mesmo», +- ismo") quando aplicado à figura do juiz indica que a atividade jurisdicional está sendo feita de maneira solitária, como em um solilóquio, sem participação efetiva dos demais sujeitos do processo. “É o espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arrepio do contraditório”; é o juiz que se basta, que está encapsulado¹¹.

Também chamado de *decisionismo*, trata-se de decisão que fere o Estado Democrático de Direito, na medida em que o juiz, por ser agente público, e não está autorizado a decidir conforme sua vontade.

As democracias desenvolveram, outrossim, outros constrangimentos, como o princípio da congruência, segundo o qual o julgador não poderá ir além dos elementos levados a seu juízo, e o princípio do juiz natural, que impõe deveres de imparcialidade, consubstanciados em institutos como a suspeição e o impedimento.

E ainda, cabe mencionar o instituto da coisa julgada, efeito que possibilita a imutabilidade da decisão, conferindo aos atingidos segurança jurídica em relação ao comando judicial. A decisão, pois, é feita para, em algum momento, fazer a coisa julgada, encerrando em definitivo a

¹¹ NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014, p. 205.

controvérsia, ainda que não pacifique todos os conflitos da qual seja necessária a intervenção.

Portanto, a decisão jurídica deve ser construída por todos os elementos do processo e, por dizer respeito à aplicação do ordenamento jurídico ao caso em exame, obedece a parâmetros racionais (verdadeiros constrangimentos/limitações). As paixões, os afetos, e demais elementos tipicamente subjetivos dos sujeitos envolvidos no processo decisório são verdadeiros óbices para a legitimidade deste tipo de decisão, e, se presentes, são passíveis de nulificá-la.

É possível concluir que a decisão jurídica, por seus constrangimentos eminentemente racionais, visa a inibir a subjetividade.

2. A racionalidade das decisões políticas: proposta da democracia deliberativa

O objeto de estudo, agora, passa a ser outro. Pergunta-se: a lógica da racionalidade aplica-se à decisão política?

Inicialmente, é importante tratar das premissas históricas no que toca ao retorno do interesse pela democracia deliberativa (suscitado por Rawls e Habermas).

Trata-se de modelo comum na Grécia Antiga, mas que perdeu espaço com o crescimento do próprio modelo democrático, que deu lugar a uma democracia indireta, com interesses representados por grupos, os partidos políticos, que se elegem periodicamente para exercer tal representação. Pergunta-se, então, no que o modelo de democracia indireta fracassou para justificar a reinserção da democracia deliberativa no debate político? Como ela pode contribuir? Ela é o melhor modelo?

A democracia agregativa (ou democracia indireta) seria um modelo de democracia liberal marcado pela criação de procedimentos definidos para a tomada da decisão política (concepção instrumental da política). Conforme Chantal Mouffe:

A participação popular na tomada de decisões deveria, isto sim, ser desencorajada, porquanto poderia ter apenas consequências nocivas para o funcionamento do sistema. A estabilidade e a ordem resultariam mais provavelmente do compromisso entre interesses diversos do que da mobilização do povo em direção a um consenso ilusório acerca do bem comum¹².

Paulatinamente, o predomínio do modelo agregativo resulta numa das principais causas do atual desapareço a atingir as instituições democráticas e da crise de legitimidade das democracias ocidentais. Nessa esteira,

As formas de conceber a deliberação e a definição daqueles aptos a deliberar variaram enormemente, mas a deliberação tem por longo tempo desempenhado um papel central no pensamento democrático. O que se vê hoje é, portanto, o renascimento de um tema antigo, não a inesperada emergência de algo novo¹³.

A democracia deliberativa surge para redefinir as bases da democracia mais fragilizadas pelo modelo agregativo.

O novo modelo de democracia pretende revisar o espaço da participação popular nas decisões políticas. Há aqui um novo “discurso moral”, nas palavras de Habermas. Como lembrado por Benhabib, as premissas de tal discurso são as seguintes:

- (1) a participação em tal deliberação é governada pelas normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, para questionar, interrogar e abrir o debate;
- (2) todos têm o direito de questionar os tópicos definidos da conversação, e;
- (3) todos têm o direito de iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual são aplicadas e implementadas. Não há regras que em princípio limitem a agenda da conversação ou a identidade dos participantes, desde que qualquer pessoa ou

¹² MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia Política*: Curitiba, v. 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 12.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

grupo excluído possa demonstrar justificadamente que são afetados de modo relevante pela norma proposta em questão.¹⁴

Nesse âmbito, a legitimidade do modelo está relacionada com a coletividade das decisões, sendo necessário observar a liberdade racional/argumentativa dos que participam das decisões e a posição de igualdade estabelecida entre eles.

Cohen destaca que os cidadãos devem ser livres, iguais e razoáveis/racionais ao participar das decisões:

eles [os participantes] procuram defender e criticar instituições e programas nos termos de considerações que outros, como livres e iguais, têm razão para aceitar, dado o fato do pluralismo razoável¹⁵.

Consenso é visto como algo racional, e não um mero acordo (ou "modus vivendi"). No modelo contraposto, o agregativo, a legitimidade está ligada ao procedimento de obtenção da decisão política. Nesse diapasão, os habermasianos estabelecem as condições do discurso ideal:

quanto mais igual e imparcial, mais aberto será o processo; quanto menos os participantes são coagidos e prontos para serem guiados pela força do melhor argumento, mais os interesses verdadeiramente generalizáveis poderão ser aceitos por todos os afetados de modo relevante.¹⁶

Vale destacar, aqui, os dois principais teóricos do modelo de democracia deliberativa: Rawls e Habermas. Os autores defendem o modelo, contudo, seguindo linhas de raciocínio diferentes.

Para Rawls a base do modelo é a *justiça*. Defende o autor que uma sociedade bem-ordenada depende de princípios estabelecidos por uma

¹⁴ BENHABIB, S. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University, 1996, p. 70

¹⁵ COHEN, J. *Democracy and Liberty*. ELSTER, J. (ed.). Deliberative Democracy. Cambridge, Mass.: Cambridge University, 1998, p. 194.

¹⁶ MOUFFE, Chantal, op. cit., p. 14.

concepção pública, compartilhada de justiça. Com isso, é possível haver estabilidade e aceitação das instituições pelos cidadãos¹⁷.

Seria, então, necessário buscar uma neutralidade para que o consenso seja aceitável, mesmo por pessoas com diferentes visões morais, filosóficas e religiosas, etc.

Já Habermas defende que a base do modelo é a *legitimidade*. Afirma o teórico que uma democracia estável e funcional requer uma unidade política integrada por meio de discernimento racional no sentido da legitimidade¹⁸.

Essa é a razão pela qual os habermasianos defendem que se deve buscar um meio de garantir que decisões tomadas por instituições democráticas representem um ponto de vista imparcial, expressando igualmente os interesses de todos. Isso requer procedimentos aptos a propiciar resultados racionais mediante a participação democrática.

As convincentes teses dos democratas deliberativos, no entanto, recebem pertinentes críticas. Não por serem um modelo ruim, pois há que se reconhecer a importância da participação popular na formação da decisão política como uma contribuição da democracia deliberativa, mas por acreditarem em uma imparcialidade e na possibilidade de se afastar o elemento subjetivo da decisão política. É o que será enfretado a seguir.

3. Subjetividade nas decisões políticas: impossibilidades práticas do modelo de democracia deliberativa e o pluralismo agonístico.

A base da crítica ao modelo deliberativo está no fato de que o “acordo racional que fecharia as portas para a possibilidade de contestação. Eles precisam, por esse motivo, relegar o pluralismo para um domínio não público, isolando a política de suas consequências”¹⁹. Isso porque

¹⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martis Fontes, 1997, p. 504-505.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 85.

¹⁹ MOUFFE, op. cit., p. 16

o domínio da política – mesmo quando questões básicas como justiça ou princípios fundamentais estão envolvidos – não é um terreno neutro que poderia ser isolado do pluralismo de valores ou em que soluções racionais e universais poderiam ser formuladas.

[...]

A teoria democrática deveria renunciar a essas formas de escapismo e enfrentar o desafio que decorre do reconhecimento do pluralismo de valores. Isso não significa aceitar um pluralismo total – alguns limites precisam ser estabelecidos com relação ao tipo de confrontação que será vista como legítima na esfera pública. Mas a natureza política dos limites deve ser reconhecida, em lugar da apresentação de tais limites como exigências da moralidade e da racionalidade²⁰.

O erro, conforme ensina a autora belga, está em tentar substituir um modelo de racionalidade por outro, quando esse não é o principal problema. Alguns importantes questionamentos restam sem resposta: Quais são as condições de existência do sujeito democrático? O que proporciona fidelidade às instituições democráticas?

Essas questões transcendem a racionalidade, ou a busca por um consenso neutro. Elas requerem disponibilidade de formas democráticas de individualidade e subjetividade.

Não há como deixar de lado o papel crucial desempenhado por *paixões* e *afetos* na garantia da fidelidade a valores democráticos, que não são observados e levados em consideração pelos teóricos da democracia deliberativa, pois eles não abordam o fato de que indivíduos da democracia só serão possíveis com a multiplicação (e não a neutralização, a redução do todo a um) de instituições, discursos, formas de vida que fomentem a identificação com valores democráticos.

Atualmente, é possível ver em várias sociedades a formação de grupos de pessoas desacreditadas na democracia por não se sentirem inseridas nas concepções de cidadania e participação política. Surgem/crescem várias religiões, bem como diversas formas de

²⁰ MOUFFE, loc. cit.

fundamentalismos morais e étnicos ao longo de todo mundo. Isso se dá em razão desse “déficit democrático” presente em quase todas as sociedades liberal-democráticas.

A abordagem democrata deliberativa, portanto, distancia-se da realidade: “aportamos sobre o gelo escorregadio onde não há fricção e, então, de certo modo, as condições são ideais, mas, também exatamente por isso, somos incapazes de andar: então precisamos de fricção. De volta ao terreno tosco”²¹.

O terreno tosco contrapõe-se justamente à ideia de uma “deliberação pública livre e desimpedida de todos sobre matérias de interesse comum”. É, nessa senda, admitir que as formas particulares de vida não são óbices à democracia, mas sua própria condição de existência, ou ainda, a própria condição de existência da *comunicação/deliberação*.

Pode-se afirmar que o ponto fraco da democracia deliberativa, assim, que está na incapacidade de reconhecer a inafastável presença do antagonismo. Mais do que reconhecer sua existência, cabe reconhecer que é do antagonismo que surge o pluralismo de valores. A partir dessa necessidade, o pensamento de Chantal Mouffe, já citado ao longo deste trabalho algumas vezes, ganha importância, *in verbis*:

Considerando-se que qualquer ordem política é a expressão de uma hegemonia de um padrão específico de relações de poder, a prática política não pode ser entendida como simplesmente representando os interesses de identidades pré-constituídas, mas como constituindo essas próprias identidades em um terreno precário e sempre vulnerável.

Asseverar a natureza hegemônica de qualquer tipo de ordem social significa operar um deslocamento das relações tradicionais entre democracia e poder. De acordo com a abordagem deliberativa, quanto mais democrática uma sociedade, menos o poder será constitutivo das relações sociais. Se aceitarmos, contudo, que as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal para a política democrática não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder mais compatíveis com valores democráticos²².

²¹ WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Blackwell, 1958, p. 46e.

²² MOUFFE, op. cit., p. 19.

Assim, a lição trazida por Mouffe é de que alcançar uma suposta objetividade social (adquirida por um modelo de racionalidade, proposta pela democracia deliberativa) é um ato de poder que gera *exclusões*.

As exclusões, em muitos governos, são propositais, ainda que os detentores do Poder não o explicitem. Tem origem na tentativa de domesticar a hostilidade e conter o potencial antagonismo inerente às relações humanas, e que, querendo ou não, é peça-chave para a política democrática.

Veja-se o Brasil atual: uma democracia na qual, em tese, o povo tem liberdade de expressão e manifestação, livre acesso às Casas Legislativas e possibilidade de manejar instrumentos de participação popular através do Judiciário (remédios e ações constitucionais de natureza coletiva). Contudo, na realidade, percebe-se como o poder público controla boa parte das manifestações através do uso de força policial, limita o acesso do povo a Casas Legislativas, inclusive em dias de votações de temas relevantes, e sucateia instituições que possibilitam a aproximação do povo ao poder público, como as Defensorias Públicas.

Uma distinção necessária ao entendimento do papel do pluralismo na democracia é a de *antagonismo* e *agonismo*. Na verdade, não se trata de coisas necessariamente divergentes ou opostas. A distinção proposta permite entender o papel positivo do antagonismo no debate político. Observe-se a seguir.

No antagonismo vê-se o diferente como inimigo, enquanto no agonismo o diferente é tido como adversário plenamente legitimado a discordar. Daí nasce a importância do reconhecimento das diversas identidades e formas de expressão.

A partir do momento que essas identidades diferentes são caladas ou inibidas, pois vistas como inimigas, haverá risco à democracia e criação de um terreno fértil para o avanço de posições políticas voltadas aos extremismos - e seus ideais de homogenia, populismo e nacionalismo em diversos aspectos (étnico, político, social, religioso). Isso porque a

democracia é frágil e pode ser ameaçada a todo instante. É uma conquista que deve ser trabalhada sempre para ser mantida, se não, há sérios riscos de se perder.

El ideal de la sociedad democrática - incluso como idea reguladora - no puede ser el de una sociedad que hubiera realizado el sueño de una armonía perfecta en las relaciones sociales. La democracia sólo puede existir cuando ningún agente social está en condiciones de aparecer como dueño del fundamento de la sociedad y representante de la totalidad. [...] Esto significa que no se puede considerar democrática la relación entre los diferentes agentes sociales sino a condición de que todos acepten el carácter particular y limitado de sus reivindicaciones.²³

Assim, a existência do pluralismo implica a permanência do conflito e do antagonismo, que não são possíveis de abordar como obstáculos empíricos que impedem a realização perfeita do ideal de uma harmonia inalcançável, pois nunca seremos capazes de coincidir perfeitamente com nosso ser racional. O papel da política democrática, portanto, deve ser transformar o inimigo em adversário, em agônico.

Nessa esteira, Chantal Mouffe traz à baila o *Pluralismo Agonístico*, cujo propósito, como política democrática é:

construir o “eles” de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas idéias são combatidas, mas cujo direito de defender tais idéias não é colocado em questão. Esse é o verdadeiro sentido da tolerância liberal-democrática, a qual não requer a condescendência para com idéias que opomos, ou indiferença diante de pontos de vista com os quais discordamos, mas requer, sim, que tratemos aqueles que os defendem como opositores legítimos. A categoria de “adversário”, todavia, não elimina o antagonismo e ela deve ser distinguida da noção liberal do competidor com que ela é identificada algumas vezes. Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade. Discordamos,

²³ MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político*. Tradução (espanhol): Marco Aurelio Galmarini Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 19.

porém, em relação ao sentido e à implementação dos princípios e não se pode resolver tal desacordo por meio de deliberação ou de discussão racional. De fato, dado o pluralismo inerradicável de valores, não há solução racional para o conflito – daí a sua dimensão antagonística. Isso não significa, obviamente, que adversários não possam cessar de discordar, mas isso não prova que o antagonismo foi erradicado.²⁴

Qual seria então o propósito da política democrática? Conforme a ideia ora defendida, transformar o antagonismo em agonismo. Isso implica viabilizar a contestação, sobretudo àquele divergente cuja ideia não é/foi contemplada pela decisão política. Esse divergente, que sempre será adversário e nunca inimigo, não pode ser eliminado por meio de um acordo racional. Suas paixões não devem ser relegadas da esfera pública, mas mobilizadas em prol da democracia.

O pluralismo agonístico reconhece o antagonismo como seu ponto de partida, mas não tenta suprimi-lo por uma ordem autoritária (ainda que construída deliberativamente), mas, pelo contrário, dar espaço a ele, reduzindo, porém, a tensão dos debates.

Não se pretende, contudo, abolir o consenso, pois é evidente que sem ele, não há decisão política, sem a qual, por sua vez, não há ordem social. Entretanto, é de se reconhecer que todo consenso estabelece, de algum modo, uma exclusão. Assim, dado que os próprios princípios ético-políticos defendidos pelos democratas deliberativos só podem existir por meio de muitas interpretações diferentes e conflitantes, esse consenso está fadado a ser um consenso conflituoso.²⁵

Aqui, é pertinente lembrar o conceito de “castração” abordado por Luis Alberto Warat, observada na tentativa totalitária de gerar uma unidade, a partir da produção de verdades, saberes e linguagens oficiais. “Enunciar em outra linguagem, analisando, olhando, unificando, descartando ambivalências, é já um começo de repressão”²⁶

²⁴ MOUFFE, 2005, op. cit., p. 20.

²⁵ MOUFFE, 2005, op. cit., p. 20

²⁶ WARAT, Luis Alberto. *A Ciência jurídica e seus dois maridos*, Florianópolis: EDUNISC, 2000, p. 39.

Ao dizer isso, procura-se propor que, apesar da inexorável existência do consenso, cada consenso é resultado temporário de uma hegemonia provisória, que deve ser aberta às contestações, sob pena de perpetuar exclusões. Eis aí a importância do espaço da subjetividade na decisão política.

Conclusões

Demonstrou-se, ao longo do presente trabalho, construções teóricas para o fomento de decisões racionais, seja em âmbito jurídico ou político.

É de se confessar, contudo, que a subjetividade, em qualquer dos casos, estará presente, ainda que se imponham constrangimentos legais e procedimentais à elaboração da decisão, uma vez que é ato humano. Com essa premissa, a pretensão não é propor um modelo inteiramente racional, quando for o caso, ou criticar as falhas que permitem a subjetividade quando a racionalidade deveria imperar.

Pelo contrário, foi explanado que no Estado Democrático de Direito o referencial decisório deve ser sempre a participação popular, em âmbito político ou jurídico.

A decisão jurídica impõe participação intersubjetiva. Aliada a ela, outros constrangimentos de cunho eminentemente racional. Tudo isso para o fim a que se destina a decisão em questão e o papel do julgador no processo democrático. Os princípios que fundamentam a função jurisdicional não permitem a atividade subjetiva e, tampouco, solipsista.

No âmbito político, verificou-se a contribuição da democracia deliberativa (com ênfase às lições de Habermas e Rawls) que resgataram a ideia da participação popular na decisão política, com base em elementos racionais, como legitimidade e justiça. Contudo, importa enfatizar as oportunas críticas à democracia deliberativa, sobretudo as de Chantal Mouffe, com a demonstração de que o processo político não se encerra (com algum instituto similar ao trânsito em julgado), mas está em constante modificação através da contestação. O combustível dessa

contestação reside justamente nas paixões e afetos populares, na medida em que inibir o espaço do constante diálogo gera permanentes exclusões, prejudicando a própria legitimidade da participação popular.

Diante disso, o pluralismo agonístico de Mouffe propõe o modelo de democracia radical e plural. Trata-se de um modelo democrático que passa a ressaltar a luta por liberdade e igualdade, priorizando setores excluídos da sociedade. Tem um viés libertário e utiliza bases semelhantes às da liberal democracia, mas ressignificando os valores de liberdade e igualdade. E, assim, defende a figura do adversário político, combatendo a visão jacobina de inimigo na política e a liberal de pura e simples competência de interesses em que se tem de aceitar, com total passividade, as decisões da maioria.²⁷

No que tange ao papel do decisor político na democracia, verifica-se que sua função, na medida em que permitida pelo sufrágio, respalda-se nos anseios populares.

Conclui-se, com isso, que o espaço da subjetividade no processo político é bem maior, merecendo ser sempre observada de modo não exclusivo, sobretudo aos que tendem a uma maior marginalização neste processo. Estabelecer os parâmetros de decisão hegemônica potencialmente instável e momentânea por meio de um constante consenso conflituoso, legitimando meios para que seja expressada a subjetividade na política, tem relevância para afastar modelos idealistas interessados em neutralizar (e, conseqüentemente, reduzir) o pluralismo político.

A busca por estabilidade, como decorrência da racionalidade, das decisões deve ser sempre analisada à luz da participação popular. Em âmbito jurídico, a estabilidade é adquirida com a coisa julgada, após intenso debate policêntrico que envolve todos os sujeitos processuais. Entretanto, na política, a estabilidade decisória mostra-se mais como hegemonia excludente, uma vez que, nesse âmbito, as decisões devem

²⁷ MOUFFE, 1999, op. cit., p. 24

acompanhar, a todo instante e sem parar, as necessidades daquele de quem todo poder emana: o povo.

Referências

- ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVERIA, Rafael Thomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.
- BENHABIB, S. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University, 1996.
- CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Elsevier: 2011.
- COHEN, J. *Democracy and Liberty*. ELSTER, J. (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge, Mass.: Cambridge University, 1998.
- FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 780-795, 1988.
- GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político*. Tradução (espanhol): Marco Aurelio Galmarini. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia Política*: Curitiba, v. 25, p. 11-23, nov. 2005.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014, p. 205.

PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; LUNA, Rafael Alves de. Da – suposta – provisoriedade da tutela cautelar à “tutela provisória de urgência” no Novo Código de Processo Civil brasileiro: entre avanços e retrocessos. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, jan-jun/2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martis Fontes, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* São Paulo: FGV, 2013.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise da construção de respostas no processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência jurídica e seus dois maridos*, Florianópolis: EDUNISC, 2000.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Blackwell, 1958.

Novas facetas do acesso à justiça: podem os cartórios ser um ambiente de solução de conflitos?

*Jocy de Vasconcelos Frota Alves Neto*¹

*Pablo Diego Veras Medeiros*²

*Alexandre Moura Alves de Paula Filho*³

Introdução

O presente trabalho tem como problema de pesquisa investigar se a possibilidade de mediação e conciliação de conflitos nos cartórios compromete o direito fundamental de Acesso à Justiça. Pergunta-se: podem os cartórios ser um ambiente de resolução de conflitos?

Sabe-se que os cartórios têm se desenvolvido enquanto ambientes de realização/regularização de direitos, para os quais a via da judicialização tornou-se desnecessária ou menos adequada. Por outro lado, em quase a totalidade dos casos, as questões levadas ao cartório são consensuais. A partir daí, surge a relevância do problema de pesquisa em questão, uma

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - Centro Universitário Tabosa de Almeida (UNICAP/ASCES/UNITA). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral (IBEST-PR). Tabelião de Notas e de Protesto de Títulos. Registrador de Imóveis, Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas no Estado de Pernambuco. E-mail: jocyvasconcelosfrota@gmail.com

² Mestrando em Direito Processual (UNICAP). Pós-Graduado em Direito Processual (PUC-MG). Professor universitário. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP. Advogado. E-mail: professorpablomedeiros@gmail.com

³ Mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco, especialista em direito médico e da saúde pela FACESF, mediador extrajudicial, advogado e presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE - Subseccional Jaboatão dos Guararapes. E-mail: adepaulafl@hotmail.com

vez que pensar na utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos nos cartórios é virar a chave para possibilitar que esses serviços resolvam disputas.

A fim de investigar o problema proposto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, através de revisão de literatura, por meio de artigos científicos e livros de autores nacionais e internacionais, e análise legislativa das principais normas que regulamentam a mediação nos cartórios no Brasil.

1. A moderna concepção de acesso à justiça e o movimento de desjudicialização de conflitos civis

Previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o acesso à justiça, garantia que é, visa a proteger o cidadão de qualquer possível exclusão de apreciação do Poder Judiciário de um direito seu, seja por alegação de lesão ou de ameaça.

O dispositivo que conta com a seguinte redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” é uma evolução daquilo que era previsto na Carta Constitucional anterior (1967), que em seu rol de direitos e garantias individuais previa que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 150, § 4º). Isso porque o Poder Judiciário evoluiu de forma que o acesso não poderia ficar mais restrito às disputas individuais, tampouco limitado à lesão do direito, mas também da ameaça (o que foi um salto qualitativo na proteção a nível constitucional das tutelas preventivas/cautelares).

Diante da garantia fundamental em questão, o Poder Judiciário tornou-se a principal via de resolução das disputas civis. A experiência nos mostra que a intervenção do Estado-juiz não é capaz de eliminar, na maior parte dos casos, os conflitos sociais, mas trazê-los para um nível de suportabilidade que permita a própria permanência social⁴.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 281.

Contudo, é importante lembrar que o conflito não é algo negativo e que deve sempre ser evitado. Na sociedade hodierna, cada vez mais complexa, é possível extrair funções criativas ao conflito, como a motivação de resolver problemas que, de outra forma, sequer seria investigado⁵. Exemplificando: o fato de um estado não ter políticos condenados por corrupção não significa que, necessariamente, não tem mandatários corruptos. Com efeito, “a ocorrência do conflito previne a estagnação, estimula o interesse e permite a manifestação de problemas em busca de sua solução, constituindo a raiz de mudanças pessoais e sociais”⁶.

Pensando-se em gerar efeitos e resultados construtivos dos conflitos que surgem, a moderna concepção de acesso à justiça não se pode restringir à ideia de postular em juízo - reduzida a um “acesso ao juiz”, oriunda dos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX⁷. Pelo contrário, hoje, a noção de justiça está muito mais atrelada a “valor, virtude, fundamento ético de equidade e igualdade a ser perseguido judicial ou extrajudicialmente, pouco importando a via utilizada para efeito de realização de direitos e interesses violados ou ameaçados de lesão”⁸.

Diante disso, ao passo que, em muitos casos, a decisão imposta pelo Estado-juiz se mostrava como uma solução destrutiva do conflito, pois não encerrava ou, pior, acirrava a disputa, outros meios de solução de conflito, a exemplo da mediação, conciliação e arbitragem, foram vistos como métodos de tratamento construtivo para diversos conflitos.

Hoje, ainda que se aponte o Judiciário como o ambiente mais utilizado para solucionar disputas, nem sempre elas são finalizadas pela decisão imposta pelo juiz ou tribunal. Por outro lado, ainda que mais utilizado

⁵ DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 61.

⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018, p. 06.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 4-6.

⁸ GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 67.

(numa visão estritamente quantitativa), não se pode dizer que a decisão judicial é o principal instrumento de solucionar disputas e realizar direitos. A bem da verdade, entende-se que hoje não há um método principal, razão pela qual a doutrina critica o termo “métodos alternativos de solução de conflitos” pechado à arbitragem ou à mediação. Fala-se então em “Justiça Multiportas”:

O modelo de justiça multiportas propicia, portanto, o entrelaçamento construtivo entre as fórmulas de prestação jurisdicional e as demais técnicas de solução de conflitos, na busca de uma tutela mais efetiva para os direitos e interesses, colocando à disposição um conjunto de possibilidades de caminhos a serem seguidos na busca de resolução de disputas, com a escolha do melhor meio a ser seguido para cada caso.⁹

Esse raciocínio aplica-se não só à resolução de disputas, pois nem mesmo o acesso à jurisdição (ideia menor dentro da ideia maior de acesso à Justiça) se limita às situações conflituosas:

Jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).¹⁰

Da noção exposta acima, percebe que a função é de reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas. Assim, o Judiciário passa a ser um espaço para a resolução de determinadas situações não conflituosas, mas que, por particularidades que envolvem o direito em questão, demandam a participação do Estado-juiz. São os institutos de jurisdição voluntária (arts. 719-770, CPC), para os quais também nem sempre a judicialização é a melhor saída.

⁹ SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. Primeiras reflexões sobre o sistema de Justiça Multiportas e a tutela dos direitos coletivos. In: MACEDO, E. DAMASCENO, M. (orgs.). *Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Porto Alegre: EDIPCURS, 2018, p. 179.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1, 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 173.

Por diversas razões, como celeridade do procedimento, efetividade, questões administrativas, como um melhor atendimento, ou financeiras, nasce o fenômeno da desjudicialização dos conflitos civis, operada por meio das serventias extrajudiciais (cartórios, tabelionatos, etc.). Não só do ponto de vista dos usuários do serviço, mas também do ponto de vista do próprio Poder Judiciário, a desjudicialização de diversos serviços é positiva por desafogar os juízos civis, sobrecarregados de inúmeros feitos.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 236, que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Portanto, ainda que por delegação, entidades de direito privado passam a atuar na regularização de situações jurídicas antes privativas do Judiciário. A desjudicialização é, portanto, uma das “portas” do Sistema Multiportas de tratamento adequado dessas situações jurídicas.

Enquanto a onda de desjudicialização tem avançado com a ampliação do rol de serviços passíveis de serem prestados pelas serventias extrajudiciais, tem-se questionado acerca da possibilidade de um salto qualitativo na atuação desses entes para não apenas atuarem como regularizadores de situações jurídicas, mas como verdadeiros solucionadores de disputas.

Diante disso, suscita-se a mediação realizada nos cartórios como ferramenta de pacificar conflitos, fazendo com que uma situação jurídica deixe de ser litigiosa, passando a ser consensual, para ser regularizada por um tabelião, oficial ou registrador. A ideia de estender às serventias o tratamento de situações jurídicas contenciosas, contudo, deve ser vista com cautela, a fim de evitar o problema de ensejar soluções destrutivas aos conflitos diante da ilusão de que tudo pode ser desjudicializado.

Portanto, nas linhas à frente, serão tratados os serviços que já foram desjudicializados e das discussões e normas já editadas em prol de procedimentos autocompositivos dentro das serventias extrajudiciais.

2. A evolução dos cartórios enquanto ambiente de resolução de situações jurídicas.

A compreensão de acesso à Justiça e de solução de litígios foram conceitos que sofreram bastantes modificações nas últimas décadas no Brasil¹¹. Digno de registro, o acesso à Justiça da década de 1980 significava abrir as portas dos fóruns as demandas dos hipossuficientes, por meio da criação dos juizados das pequenas causas, pela Lei nº 7.244/1984, posteriormente substituída pela Lei nº 9.099/1995, criando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com influência também na criação de juizado correlato em âmbito federal pela Lei 10.259/2001.

Fazia parte da preocupação do legislador e do Poder Judiciário dar vazão a uma demanda reprimida por soluções jurídicas cabíveis, naquela época, principalmente para aqueles que não possuíam maneiras de ajuizar demandas perante os Juízos.

Na linha do que foi dito no capítulo anterior, a forma de se buscar e acessar à Justiça veio sofrendo sucessivas modificações nos anos 2000 em diante. Paulatinamente, a norma jurídica foi alterada de modo a viabilizar a resolução de conflitos sem a necessidade de se buscar o Poder Judiciário.

É nesse ponto que a sociedade foi sendo preparada para novos avanços. No ano de 2007, sobreveio a Lei 11.441/2007 que modificou o Código Civil de 2002 para permitir que inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais fossem realizados perante as serventias extrajudiciais¹². A referida lei também modificou o Código de Processo Civil de 1973, vigente à época¹³. É que, anteriormente à entrada em vigor da Lei 11.441/2007, o art. 782 do CPC/73 exigia o inventário judicial, ainda que todas as partes fossem capazes e concordes.

¹¹ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade de informação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 541-561, mar. 2018.

¹² AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 439

¹³ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Lei n 5.869/1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art983p. Acesso em: 19 abr. 2020.

Assim, não se pode negar que a Lei 11.441/2007 foi um marco na ampliação das competências das serventias extrajudiciais, o que gerou pelo menos duas consequências: a primeira, permitiu soluções jurídicas mais céleres e menos burocráticas. Distantes dos entraves do sistema judicial, as demandas que costumam demorar anos, encontraram resposta em poucos meses - ou até dias.

A segunda consequência é que lá nascia mais uma forma de acesso à Justiça. Vale dizer, nesse sentido no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu a Resolução nº 35 de 24/04/2007, que veio a disciplinar os procedimentos que deveriam ser adotados uniformemente pelas serventias extrajudiciais de todo país, bem como elucidar temas como competência, emolumentos, requisitos, exigências e faculdades das partes envolvidas, no concernente à norma geral estabelecida pela Lei 11.441/2007¹⁴.

A referida Resolução nº 35/2007 sofreu modificações ampliativas posteriormente, em 2010, pela Resolução nº 120 de 30/09/2010, que tratou sobre a conversão da separação (judicial ou extrajudicial) em divórcio; em seguida, pela Resolução nº 179 de 03/10/2013, que tratou sobre inventários extrajudiciais por meio de procuração pública; e, por fim, pela Resolução nº 220 de 26/04/2016, esta que tratou sobre temas relacionados à separação consensual.

Tudo isso demonstra que mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, que avançou na onda da desjudicialização de mais questões, o sistema multiportas já recebia tratamento (ainda que indireto) pelo sistema jurídico vigente.¹⁵

Assim sendo, consagrou-se tanto na legislação material (Código Civil) quanto na processual (CPC/2015), e em âmbito administrativo (através das Resoluções e Provimentos do Conselho Nacional de Justiça) a possibilidade de se recorrer às serventias extrajudiciais para solucionar

¹⁴ AMORIM; OLIVEIRA, op. cit., p. 440.

¹⁵ Chegando aos dias atuais, tem-se no CPC/2015 em seu art. 733 que “divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública”.

situações de forma bastante distinta da tradicional e anteriormente exigida, na qual a interferência e chancela do Poder Judiciário para todo e qualquer divórcio, separação, extinção de união estável e/ou inventários e partilhas eram imperiosas.

Para Humberto Dalla e Marcelo Mazzola, o referido art. 3^o¹⁶ vai muito além de privilegiar a possibilidade de solução de conflitos em sede extrajudicial por meio das serventias, uma vez que já atribui ao notário função jurisdicional¹⁷. O fato de a atividade do notário ser jurisdicional encontra amparo, notadamente em função de que caberá a ele não só apreciar a natureza dos direitos em debate para atestar a própria competência, como também constituir ou desconstituir relações jurídicas - a exemplo do divórcio.

Ainda para os autores, essa estrutura de ampliação dos métodos de solução de conflitos, sem que se exija acessar o Poder Judiciário, como também o crescimento das atribuições das serventias extrajudiciais - desjudicialização -, reforçam a garantia constitucional da prestação jurisdicional e dos princípios da efetividade e da adequação¹⁸.

Isso permite que as partes envolvidas optem pela via de solução mais adequada às características e peculiaridades do conflito que vivenciam, o que, sem dúvidas, contribui para a pacificação social na medida em que outorgam ao direito fundamental à razoável duração do processo lugar de destaque na autogestão dos interesses e direitos dos cidadãos.

Verifica-se que, com a entrada em vigor dessas normas, a via judicial não mais se apresenta como obrigatória, mas sim facultativa, e, como vem sendo dito nos parágrafos anteriores, abriu-se mais uma porta para a solução de situações jurídicas de forma consensual. Vale dizer que, inclusive, tais inventários, partilhas, separações, divórcios e extinções de

¹⁶ Art. 3^o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2^o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3^o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁷ DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo. Saraiva Educação: 2019. p. 62

¹⁸ DALLA; MAZZOLA, *ibidem*.

uniões estáveis dispensam quaisquer homologações judiciais posteriores para que lhe sejam atribuídos os efeitos jurídicos inerentes ao ato.

Todos os efeitos, portanto, são consubstanciados pela lavratura da competente escritura pública, seja de divórcio, separação, extinção de união estável, bem como inventário e partilha.

O Código de Processo Civil de 2015 não se restringiu ao que já foi dito. Diversos foram os avanços no tema, em que pese não serem tratados no presente trabalho em face do recorte teórico implementado. A título de exemplo, no mesmo caminho de ampliação da desjudicialização, o seu art. 1.071 prescreve a possibilidade de ser reconhecida a usucapião diretamente no cartório de registro de imóveis, desde que nenhum interessado ou confinante se insurja ao procedimento – situação em que o caso deverá ser remetido à via judicial. Essa possibilidade funciona como verdadeira revolução para a referida forma de aquisição de propriedade, tendo em vista que os processos judiciais envolvendo usucapião flertam com a morosidade, caminhando por anos no Poder Judiciário e que, em sede extrajudicial, encontrará um caminho seguro e ágil para o seu reconhecimento. As diretrizes para realização da usucapião pela via extrajudicial foram estabelecidas pelo Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse contexto de desjudicialização, a mediação, enquanto técnica que auxilia as partes a alcançar um caminho autocompositivo, pode ser estimulada e manejada perante as serventias extrajudiciais. Contudo, o uso dessas ferramentas requer adequação técnica e observação dos limites constitucionais e legais à atuação dos tabeliães, notários e registradores (e seus prepostos), que não podem sub-rogar-se na função do magistrado, sob pena de malferir o próprio direito fundamental ao Acesso à Justiça.

3. Radiografia normativa da mediação nos cartórios no Brasil: regras procedimentais a serem observadas para salvaguardar o acesso à justiça.

Na qualidade de órgão responsável pela fiscalização e controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, o CNJ editou em 2010 a Resolução nº 125, que traçou as balizas iniciais da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, desencadeando a profusão de novos atos normativos e administrativos destinadas à implementar esse já existente, porém, subutilizado, instrumento de pacificação social.

Repisando o que fora apontado acima, a promulgação da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o CPC vigente, conferiu à mediação, ao lado da conciliação, um papel fundamental e eficaz na solução das demandas¹⁹.

Na esteira da afirmação dessa política nacional foi editada a Lei nº 13.140/2015, denominada “Lei da Mediação”, que regulamentou a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (leia-se, a mediação judicial), também prevendo expressamente, a teor do artigo 42, a possibilidade de as serventias extrajudiciais igualmente realizarem mediações e conciliações.

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Passados três anos, e mesmo com o dispositivo acima em vigor, algumas dúvidas e incertezas quanto à certas regras de competência e requisitos para o exercício das atividades conciliatórias e mediatórias no

¹⁹ Ainda a título de ilustração do protagonismo assumido pelo instituto a partir dessa nova concepção trazida pelo atual CPC, cumpre mencionar dispositivos como os arts. 165 a 175, que regulam a atuação dos conciliadores e mediadores, os arts. 334, 565 e 695, que conferem às tentativas de Conciliação ou de Mediação uma função estratégica desde o nascedouro da relação processual.

âmbito das serventias extrajudiciais ainda pairavam. Por essa razão, em 2018 foram editados pelo CNJ os Provimentos nºs 67 e 72, com o intento de pacificar as dúvidas que ainda subsistiam em alguns tribunais e meios acadêmicos a respeito de tal legitimidade e possibilidade.

Destaque-se, de plano, que os Notários (ou tabeliães) e Registradores (ou oficiais de registro) de todo o país são, em essência, efetivos aplicadores do Direito, e representam importante meio de concretização e tutela das garantias e direitos individuais e fundamentais. A eles cumpre o dever legal de prevenir litígios e conferir segurança jurídica para aqueles que os procuram, traduzindo em linguagem jurídica e conformando ao ordenamento os atos e negócios confiados à sua abalizada e técnica apreciação.

Com isso, permite-se o procedimento mais célere e com menor custo-benefício, a segurança jurídica, a economia de recursos públicos, a capilaridade dos tabelionatos em todo o território nacional. Incontestável que de há muito o tabelião e o registrador são agentes imparciais promovedores de segurança jurídica e pacificação social.

Luiz Guilherme Loureiro pontua alguns pressupostos a serem observados por aqueles que desempenham as funções notariais e de registro, *in verbis*:

No quadro dos sistemas constitucional e infraconstitucional brasileiros, estes profissionais jurídicos desempenham importante papel para a validade, eficácia, segurança e controle dos atos negociais. Tais profissionais do direito são encarregados de conferir maior transparência, estabilidade e confiança a diversos aspectos e situações da vida jurídica dos cidadãos.²⁰

A Lei nº 8.935/94, que delimita as atribuições e competências dos tabeliães, é contundente ao confiar na pessoa do notário a competência de formalizar juridicamente a vontade das partes. Ora, ao analisar de modo mais detido a mediação, compreende-se a clara finalidade de, atendendo aos interesses das partes, formalizar suas vontades. A função de mediador

²⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos. Teoria e Prática*. 10 ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2019, p. 39.

de conflitos, de preventor de litígios – em sentido lato – é inegavelmente inerente à atividade notarial, razão pela qual não é preciso maiores esforços para a percepção de que a mediação extrajudicial está no DNA da atividade prestada nos cartórios.

O Provimento nº 67/2018 editado pelo CNJ, veio dispor sobre os procedimentos de conciliação e mediação, além de outros métodos consensuais de solução de conflitos, perante os serviços notariais e registrais do país, considerada a premente necessidade de organização e uniformização de tais serviços desde a edição da Lei de Mediação, em 2015.

As Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal deverão manter em seus *sites* uma listagem pública de tais serviços indicando os nomes dos conciliadores e mediadores de livre escolha das partes (em consonância com a regra do art. 8º da Lei nº 8.935/94, que determina ser livre a escolha do tabelião de notas qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio).

O Provimento nº 67/2018, por sua vez, traz, a partir do art. 4º, as regras sobre o processo de autorização para realização de mediação e conciliação nas serventias, que deve ser regulamentado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e pelas Corregedorias Gerais de Justiça (CGJ) locais, além de facultar aos próprios serviços notariais e registros solicitarem autorização específica para que o serviço seja prestado sob supervisão do delegatário por, no máximo 5 (cinco) Escreventes habilitados.

O NUPEMEC manterá cadastro de conciliadores e mediadores habilitados do qual é imprescindível constar dados relevantes de atuação, tais como o número de causas em que houvera participado, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, além de outras informações que julgar relevantes. Os dados colhidos serão classificados sistematicamente pelo NUPEMEC que os publicará ao menos anualmente para conhecimento da população e para o fundo estatístico e

de avaliação da conciliação e da mediação pelos serviços notariais e de registro.

De seus conciliadores e mediadores será cobrada a obrigatoriedade da realização de curso específico de formação, a partir do qual restará conferida a capacitação ao titular ou prepostos do serviço notarial e registral para atuar como mediador é conciliador (regra esta constante do art. 6º). Portanto, apenas poderão atuar como conciliadores e mediadores aqueles que foram formados em curso para o desempenho das funções, observadas as diretrizes curriculares estabelecidas no Anexo Único da Resolução CNJ nº 125/2010.

O referido Curso de Formação deve ser custeado pelos serviços notariais e de registro e será ofertado pela pelas Escolas Judiciais ou por Instituição outra formadora de mediadores judiciais (art. 11 da Lei nº 13.140/2015), regulamentada pela Resolução ENFAM nº 6, de 21 de novembro de 2016, que também permite aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, o credenciamento de associações, escolas e institutos afetos aos serviços notariais e de registro não integrantes do Poder Judiciário para que o realizem, sob sua supervisão (desde que respeitados os parâmetros mínimos estabelecidos na referida Resolução). Além disso, os conciliadores e mediadores autorizados a prestar o serviço tem o dever de, a cada 2 (dois) anos, contados da autorização, comprovar a CGJ e ao NUPEMEC a que estejam vinculados, a realização de Curso de Aperfeiçoamento em Conciliação e Mediação.

Registre-se que a admissão como conciliador e/ou mediador daqueles que comprovarem a realização do curso de formação promovido por entidade integrante do Poder Judiciário e anterior a edição do Provimento nº 67/2018, será condicionada ao seu prévio treinamento e aperfeiçoamento.

Nos termos art. 12, §1º, da Resolução CNJ nº 125, em conjunto com o disposto no Provimento nº 67/2018 (art. 7º), resta apregoado que o conciliador e o mediador devem observar os princípios e regras gerais

previstos na Lei da Mediação, no art. 166 do CPC, e no Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores (Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010).

Imperioso consignar que o exercício da conciliação e a mediação é informado pelos princípios da independência, imparcialidade, isonomia e autonomia da vontade das partes, confidencialidade, oralidade, informalidade, busca do consenso, boa-fé e decisão informada (art. 2º da Lei 13.140/15).

Pelo *princípio da autonomia da vontade das partes* neste contexto, apregoa-se que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, restando desnecessário falar que tal ferramenta de solução de conflitos está substancialmente baseada nos princípios gerais da *autonomia da vontade* e da busca do *consenso*; por *confidencialidade* entende-se o dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso ou atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese; já o *princípio da decisão informada* estabelece o dever de manter usuário plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido; a *imparcialidade* significa o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou qualquer preconceito, assegurando que os valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; ante o *princípio da independência e autonomia* o mediador ou conciliador devem atuar com liberdade sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo-lhe permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento; acrescente-se ainda o *respeito à ordem pública e as leis vigentes* porque o mediador ou conciliador deve zelar para assegurar que o acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública nem contrarie as leis vigentes, devendo abster-se de redigir acordo ilegal ou inexecutável; concernente ao *empoderamento*, vale dizer, dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus

conflitos futuros em função da experiência de Justiça vivenciada na autocomposição, cumpre ressaltar o papel da *validação*, ou seja, a persuasão as palavras que tem um mediador ou conciliador em estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.²¹

No que concerne ao procedimento da mediação no âmbito das serventias extrajudiciais, verifica-se que a *simplicidade* é condição indispensável para que o resultado prático efetivo seja alcançado.

O art. 13 do Provimento nº 67/2018 traz a competência e os aspectos formais do requerimento de mediação (confirmando a regra do art. 42 da Lei nº 13.140/15), que poderá ser dirigido a qualquer serviço notarial ou de registro, de acordo com as respectivas competências.

Após o recebimento e protocolo em livro próprio do requerimento, se, em exame formal, for considerado não preenchido algum dos requisitos citados acima, o requerente será notificado, preferencialmente por meio eletrônico, para sanar o vício no prazo de 10 (dez) dias, marcando-se nova data para audiência, se necessário. Persistindo o não cumprimento de qualquer dos requisitos, o mediador rejeitará o pedido. A inércia do requerente acarretará o arquivamento do pedido por ausência de interesse.

Ao receber o requerimento, o serviço notarial ou de registro designará, de imediato, data e hora para a realização da sessão de mediação, e dará ciência dessas informações ao apresentante do pedido, dispensando-se a notificação do requerente. Importante destacar que as regras da notificação da parte requerida também serão de forma simplificada.

A notificação poderá ser realizada por qualquer meio idôneo de comunicação, a qual o serviço notarial ou registral deve informar ao requerente, devendo ocorrer preferencialmente por meio eletrônico, por

²¹ EL DEBS, Martha, EL DEBS, Renata, SILVEIRA, Thiago. *Sistema Multiportas. A mediação e a conciliação nos cartórios como instrumento de pacificação social e dignidade humana*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

carta com AR ou notificação por oficial de registro de títulos e documentos do domicílio de quem deva recebê-la.

A serventia remeterá com a respectiva notificação, cópia do requerimento à parte requerida, esclarecendo, desde logo, que sua participação na sessão de mediação será facultativa e concederá prazo de 10 (dias) dias para que, querendo, indique, por escrito, nova data e horário, caso não possa comparecer à sessão designada.

O legislador acertou ao trazer norma referente à necessidade de espaço reservado em suas dependências para a realização das sessões de conciliação e de mediação durante o horário de atendimento ao público (art. 21, do Prov. nº 67/2018). Dessa maneira, preserva-se a confidencialidade inerente ao procedimento e faz-se valer a norma do art. 4º da Lei nº 8.935/94, que prescreve que os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

Aponta-se que a sessão de mediação terá eficácia apenas entre as partes presentes e obtido o acordo, será lavrado o respectivo Termo de Mediação, assinando as partes presentes a última folha do termo, rubricando as demais. Finalizado o procedimento, o termo será arquivado no Livro de Conciliação e Mediação, sendo fornecida via do mesmo a cada uma das partes comparecentes à sessão. Tal documento tem natureza jurídica de documento público com força de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, inciso IV, do CPC.

Frise-se que a não obtenção de acordo não impedirá a realização de novas sessões de mediação até que finalizadas as tratativas. Também é possível o arquivamento do pedido, independentemente da anuência da parte contrária se o requerente solicitar, a qualquer tempo e por escrito, a sua desistência. A desistência do requerimento será tida como presumida se o requerente, após notificado, não se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias.

Em caso de não obtenção do acordo ou de desistência do requerimento, antes da sessão de mediação, o procedimento será arquivado pelo serviço, que anotará essa circunstância no livro competente.

Importa considerar que as atividades notariais e de registro em geral não se incluem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas inseridas no rol daquelas que são remuneradas pelos chamados emolumentos. A lei federal que regulamenta a temática prevista no comando constitucional do art. 236, consiste na Lei nº 10.169/00. Aos Estados e ao Distrito Federal cabem estabelecer normas específicas, como, por exemplo, o valor do emolumentos, os quais devem corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

O provimento sob análise traz uma sessão específica sobre emolumentos prevendo que enquanto não editadas no âmbito dos Estados e do DF, normas específicas e relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei nº 10.169/00, aplica-se às mediações e conciliações extrajudiciais a tabela referente ao menor valor cobrado pela lavratura de escritura pública sem valor econômico, por sessão de 60 (sessenta) minutos que, se excedida ou se demonstrarem necessárias sessões extraordinárias para obtenção de acordo, serão cobrados emolumentos proporcionais ao tempo excedido. Poderá o custo ser repartido entre as partes, salvo se transigirem de forma diversa, entendendo-se como sessão extraordinária aquela não prevista no agendamento inicial.

Seguindo na direção de fomentar a autocomposição nos serviços notariais e registrais, o CNJ também editou o Provimento nº 72/2018, que dispõe sobre medidas de incentivo a quitação ou renegociação de dívidas protestados nos tabelionatos de protesto do Brasil.

Frise-se que as medidas de incentivo a quitação ou renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto serão medidas prévias e facultativas aos procedimentos de conciliação e mediação. Dessa maneira

vê-se que por este provimento o tabelião de protesto avocou importante papel antecedente à conciliação e mediação para fomentar a solução extrajudicial do conflito, uma vez que as medidas de incentivo a quitação ou renegociação de dívidas protestados no estabelecimento de protesto serão consideradas fase antecedente à possível instauração de procedimento de conciliação ou de mediação (as quais deverão igualmente observar as regras dispostas no Prov. nº 67/2018).

Conclusões

Concluídas as pesquisas doutrinárias e as investigações normativas, chega-se à conclusão de que os institutos da conciliação e da mediação, bem como os demais instrumentos de prevenção litigiosa e social inspirados pelo sistema multiportas afiguram-se como mecanismos processuais de pacificação de litígios, vez que as próprias partes constroem a solução mais adequada aos seus próprios conflitos sem a interferência do Estado-juiz.

O Poder Judiciário, consciente da relevância desse sistema, cada vez mais transfere atribuições e competências ao serviço extrajudicial, priorizando desta feita o seu contencioso judicial apenas àquelas ações que demandem efetivamente uma solução jurídica por heterocomposição.

Os notários e registradores são concretizadores da segurança jurídica e afiguram-se como profissionais do direito altamente qualificados, haja vista os concursos públicos a que se submetem os exigirem alto grau de conhecimento técnico, administrativo e jurídico.

A sociedade como um todo nitidamente se beneficia com a disseminação da cultura preconizada pelo Sistema Multiportas, onde a escolha mais adequada à solução do litígio, sem a necessidade de se buscar a figura do juiz, recebe um maior protagonismo, o que sobremaneira efetiva o princípio do auto regramento da vontade e estimula o exercício da cidadania em nosso país.

Por fim, o salto qualitativo que se pretende dar ao possibilitar a mediação em cartórios não pode se desgarrar de todo um arcabouço normativo procedimental (competência, capacitação dos facilitadores, observação dos princípios da mediação, entre outros) que visa a adequar a atividade de mediar às limitações constitucionais e legais do ambiente cartorário/registral, sob pena de malferir o próprio direito fundamental ao Acesso à Justiça. Por tal razão, foram dedicadas algumas linhas para abordar, com especial atenção, as leis n^os 8.935/94 e 13.140/2015, além dos Provimentos n^os 67 e 72 de 2018, do CNJ.

Referências

- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado. Eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998.
- DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo. Saraiva Educação: 2019.
- DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1, 19. ed, Salvador: Jus Podivm, 2017.
- EL DEBS, Martha, EL DEBS, Renata, SILVEIRA, Thiago. *Sistema Multiportas. A mediação e a conciliação nos cartórios como instrumento de pacificação social e dignidade humana*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.

GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos. Teoria e Prática*. 10 ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2019.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade de informação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 277, p. 541-561, mar. 2018.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. Primeiras reflexões sobre o sistema de Justiça Multiportas e a tutela dos direitos coletivos. In: MACEDO, E. DAMASCENO, M. (orgs.). *Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Porto Alegre: EDIPCURS, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018.

A (in)constitucionalidade do indeferimento de bloqueio de contas bancárias com fundamento na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/09/2019)

*Alexandre Moura Alves de Paula Filho*¹

*Pablo Diego Veras Medeiros*²

*Ranieri Coelho Benjamim da Silva Júnior*³

Introdução

A reboque de todo título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, há uma pretensão (e uma prestação) não satisfeita de maneira espontânea por aquele que, conforme previsto no título, poderia ter adimplido. Se realizada comparação entre a tutela de conhecimento e a executiva, seria possível dizer, portanto, que aquele que provoca a jurisdição está meramente se valendo dos ditames da Constituição insculpidos no art. 5º, inciso XXXV.

Se de um lado, o Código de Processo Civil em seu art. 139, IV determina que o magistrado poderá determinar diversas medidas para

¹ Mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Especialista em direito médico e da saúde pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Advogado.

² Mestrando em Direito Processual (UNICAP). Pós-Graduado em Direito Processual (PUC-MG). Professor universitário. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP. Advogado.

³ Mestrando em Direito (UNICAP/ASCES). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (ESMAPE), em Direito Processual Civil (UNOPAR) e em Direito Imobiliário (UNISC). Secretário-geral da OAB Caruaru, membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP. Advogado.

implementar as suas decisões, de outro lado exsurge a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), que torna crime, passível de detenção, a conduta do magistrado que "decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida".

O que se pesquisará, com base em uma metodologia qualitativa, lastreada em revisão de literatura e análise de casos concretos, é se, enquanto gestor dos conflitos intersubjetivos, o Poder Judiciário - com base na Constituição, Código de Processo Civil (CPC) e Código Penal - possui as balizas de procedimento e principiológicas necessárias à satisfação do direito já certificado formalmente ou se sofreu grandes modificações decorrentes da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19).

Assim, serão estudadas as medidas previstas em lei quanto ao modelo de execução civil adotado pelo CPC/2015, onde se preza pela efetivação das tutelas judiciais, bem como as implicações possíveis decorrentes da referida Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19). Pretende-se, ao fim, analisar a constitucionalidade das principais medidas tomadas pelos magistrados e pela AMB em face da aprovação da Lei de Abuso de Autoridade, especialmente, ajuizamento de ADI e prolação de decisões que indeferem o bloqueio de valores na execução civil lastreadas na Lei 13.869/2019, quando este diploma legal ainda não estava em vigor.

1. O direito à efetividade e a Lei de Abuso de Autoridade

Decorre do artigo 5º, XXXV⁴, da CR/88, o princípio da efetividade, corolário do acesso à justiça, segundo o qual, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - princípio da inafastabilidade.

O acesso à justiça não deve ser visto como algo meramente formal. Direitos fundamentais não podem ser utopias positivadas. As decisões

⁴ Art. 5º, XXXV, CR/88. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

judiciais precisam ser cumpridas e o próprio Estado deve propiciar meios para tanto, realizando materialmente o que foi certificado.

Além do princípio da inafastabilidade, Fredie Didier Jr. explica que o princípio da efetividade decorre do devido processo legal, pois processo devido é processo que garante “ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir dele uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva”⁵, ou seja, uma justiça completa, incluindo aí a sua concretização.

Além de estar previsto na Constituição brasileira, como cláusula pétrea, e expressamente como um direito fundamental, o direito de acesso à justiça é igualmente garantido no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica⁶.

Como bem aponta Marcelo Guerra⁷, de toda sorte, há um direito fundamental ao crédito pelo credor, traduzido num “direito fundamental à tutela efetiva”.

Pois bem, concretizando o dispositivo constitucional, o legislador ordinário previu, no artigo 4º do CPC⁸ o direito à efetividade. Estão previstos no dispositivo o princípio da duração razoável do processo e o inovador princípio da primazia da decisão de mérito. Além disso, na parte final do texto, também está codificado, pela primeira vez, o princípio da efetividade, notadamente quando o texto fala em “incluída a atividade satisfativa”.

De forma sintetizada, “se o comando da norma individualizada do caso foi cumprido pelo destinatário do comando, houve efetividade”⁹. Efetiva, portanto, é a decisão cumprida, que realizou o direito.

⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 281.

⁶ Art. 8, CADH. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

⁸ Art. 4º, CPC. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁹ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 79-80.

As medidas executivas variam de acordo com a obrigação a que estão relacionadas. Sem embargo de maior aprofundamento, o que fugiria do objeto deste estudo, pode o juiz utilizar técnicas executivas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para efetivar as suas decisões – inteligência do artigo 139, IV, do CPC¹⁰.

São as execuções que impõem obrigação de pagar quantia que interessam ao presente trabalho. Tanto nos cumprimentos de sentença ou nas execuções de título executivos há um regramento próprio trazido pelo legislador para que seja realizada a sentença ou a força do título. Frustrado o pagamento voluntário pelo devedor, surgem para o credor mecanismos próprios para buscar do devedor a satisfação de seu crédito.

O credor, nestas relações, quer ver adimplida a obrigação que consta no título executivo, o que se traduz na entrega de dinheiro, e dinheiro, observando a ordem indicada no artigo 835, I, do CPC¹¹, está no topo de preferência dos bens penhoráveis.

Um dos grandes instrumentos para efetivação das obrigações de pagar quantia é a penhora *on-line* de ativos financeiros.

Prevê o artigo 655-A, do revogado Código de Processo Civil de 1973, a partir da vigência da Lei 11.382/06, a possibilidade de, em processos executivos, o juiz buscar informações acerca da existência de saldo em contas e aplicações bancárias do executado, por meio eletrônico, permitindo a penhora dos ativos, logo, “mediante comando judicial, é *bloqueado* o valor executado nas contas bancárias de titularidade do devedor”¹².

De maneira mais ostensiva e detalhada, o legislador do atual Código de Processo Civil delineou todo o procedimento da penhora a partir de sistema eletrônico, inclusive, prevendo expressamente a prática do ato

¹⁰ Art. 139, CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

¹¹ Art. 835, CPC. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

¹² REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. Ainda e Sempre a Penhora On-Line: constitucionalidade, princípios e procedimento. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 121.

sem ouvir previamente a parte executada. São as regras do artigo 854, do CPC¹³ e seus parágrafos.

Esse aparato em favor do exequente é justificado porque se busca apenas realizar o que já foi decidido. Não se discute mais, em regra, os direitos contidos no título, mas apenas a forma como serão concretizados. A posição de vantagem do exequente é bem explicada por Marcos Minami:

Como o procedimento executivo pressupõe um título executivo que o inaugure, não há que se falar em risco de se entregar a prestação pretendida para um ou outro lado de forma tendenciosa, pois as posições jurídicas ativa e passiva já estão determinadas (...) O que há de se fazer no procedimento executivo é dar efetividade ao direito consignado no título.¹⁴

Neste ponto, deve o juiz utilizar dos meios disponíveis para realizar o direito. Popularmente conhecida por “penhora *on-line*” o bloqueio eletrônico de valores, quando de seu surgimento, entre 2001 e 2002, o tema foi objeto das mais diversas discussões, sobretudo, de sua constitucionalidade, questões há muito tempo superadas¹⁵.

O fato é que, embora a Lei trouxesse a penhora de dinheiro como preferencial e o juiz determinasse expedição de ofício às instituições bancárias, na busca de ativos, os instrumentos normativos que regulamentavam a penhora *on-line* eram provimentos¹⁶ e resoluções¹⁷.

Nos questionamentos apontava-se que, por meio infralegal, buscava-se legislar sobre direito processual civil (antes da vigência da Lei 11.382/06); igualmente, para sustentar inconstitucionalidade foi dito que havia violação à intimidade e direito ao sigilo. Nenhuma das teses vingou.

¹³ Art. 854, CPC. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

¹⁴ MINAMI, Marcos Youji. *Da Vedação ao Non Factibile*: Uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 51

¹⁵ REDONDO; LOJO, op cit., p. 101-104.

¹⁶ Consolidação dos provimentos da Corregedoria-geral da Justiça do Trabalho. Arts. 83 a 96.

¹⁷ Resolução n° 524 do CJF.

A primeira, teve sua discussão encerrada quando incorporada a penhora *on-line* no corpo do Código de Processo Civil. Mesma situação se deu com os temas “intimidade” e “sigilo”, que seriam discutidos nas ADIs 3.091/DF e 3.203/DF, julgadas em conjunto por conexão, sem análise de mérito, diante da constitucionalidade da Lei que inseriu a matéria no Código de Processo Civil.¹⁸

A penhora *on-line* é constitucional e se mostra grande instrumento para realizar as decisões que imponham obrigação de pagar quantia e, observados seus limites, não viola direito fundamental do executado:

Se a penhora *on-line* for *corretamente* realizada – de forma *preferencial*, sem bloqueio de valor *excessivo* e efetuada em quantia capaz de preservar o *capital de giro* do executado – serão atendidos todos esses valores, princípios e regras que se colocam em *aparente conflito*¹⁹.

A preocupação dos citados autores, percebe-se, é com a boa aplicação do sistema. O *Bacenjud*, sistema que viabiliza a penhora por meio eletrônico, é constitucional, mas deve ser corretamente manejado. Sua adequada maneira de utilização está bem descrita nos citados parágrafos do artigo 854, do CPC, que preveem, por exemplo, prazo de 24h para o juiz cancelar indisponibilidade excessiva, caso exista; na hipótese de pagamento por outra forma, a imediata disponibilidade da quantia constricta; responsabilização da instituição financeira por prejuízos causados ao executado, pelo cumprimento errado ou não cumprimento da ordem judicial. Aparentemente, são os pontos mais sensíveis do sistema.

Quando o tema parecia esquecido, especialmente após a incorporação da penhora *on-line* ao Código de Processo Civil passado e ainda melhor esmiuçado no Código atual, é sancionada da Lei nº 13.869/19, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

¹⁸ REDONDO; LOJO, op cit., p. 102.

¹⁹ REDONDO; LOJO, op cit., p. 132.

Para o trabalho em questão, suficiente é o artigo 36²⁰ da referida lei, que prevê pena de até quatro anos de detenção para o magistrado que decretar, em processo judicial, bloqueio em conta bancária de valor que extrapole exacerbadamente o previsto para satisfação da dívida objeto da execução e, quando demonstrado pela parte interessada, deixe de corrigir a medida.

Com a vigência da lei, passa a ser crime o excesso exagerado de bloqueio cometido pelo juiz, desde que, instado a corrigir o erro, não o faça, ou seja: foi tipificada criminalmente uma forma de mau uso dos instrumentos de penhora de dinheiro por meio eletrônico.

Surgem daí dois principais questionamentos: qual limite do exacerbado? Em até quanto tempo deverá o magistrado corrigir o erro, evitando o cometimento do crime?

São elementares do tipo além da realização de bloqueio em valor muito acima do suficiente para pagar ao exequente o que este cobra em sua execução, de forma cumulativa, exige-se que, depois que for comunicado ao juiz o excesso, o magistrado não corrija a falha.

O excesso, que ainda não se tem parâmetros valorativos, pode até ser cometido com maior frequência, mas o próprio sistema *Bacenjud* permite rápido desbloqueio da quantia²¹. Ressalta-se ainda que a Lei Processual Civil fixa em 24 horas, a contar da resposta do bloqueio, o prazo para que o juiz cancele a indisponibilidade excessiva (art. 854, §1º, CPC)²².

A decisão que determina o bloqueio ou o desbloqueio tem natureza de interlocutória, pois tem carga decisória, logo, consoante dicção do artigo 226, II, do CPC²³, deverá ser proferida no prazo de 10 dias. Sucede que a Lei de Abuso de Autoridade não fala em prazo para decidir, mas sim

²⁰ Art. 36, da Lei 13.869/19. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

²¹ REDONDO; LOJO, op cit., p. 121.

²² Art. 854, § 1º, CPC. No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

²³ Art. 226, CPC. O juiz proferirá: II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

em prazo para correção do excesso, que parece então ser o do parágrafo primeiro do artigo 854, do CPC, de 24 horas.

De mais a mais, se recusar injustificadamente a promover a penhora *on-line* viola direito fundamental do credor. É cediço que a efetividade não é princípio absoluto, ou o direito fundamental mais importante previsto na Constituição da República, entretanto, seu afastamento deve ser justificado em normas de igual importância. A relativização da efetividade deverá ser por motivo relacionado à dignidade do executado, mas afastar um direito fundamental por mero capricho é medida que viola a Constituição.

Quando o legislador prevê no artigo 854 do CPC que o juiz “determinará” a requerimento da parte a indisponibilidade da quantia, ele impõe a medida ao magistrado. Trata-se de um dever-poder do juiz²⁴.

É cediço, desta feita, que o princípio da efetividade é norma fundamental do Processo Civil, de observância obrigatória na interpretação dos demais dispositivos do CPC, compondo um conjunto que “estrutura o modelo processual civil brasileiro e serve de norte para compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis”²⁵, realizando assim o mandamento da Constituição.

Decorre da concretização do princípio da efetividade instrumentos que permitam a execução das medidas judiciais que obriguem o devedor a pagar dinheiro, dentre os quais, o *Bacenjud*. Prova disso é que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de sua resolução nº 61, impôs o cadastramento no referido sistema para todos os magistrados do país que atuem em execução civil.

²⁴ “O juiz desempenha uma função, a função jurisdicional. O termo não é aleatório. No sentido técnico jurídico, “função” é o poder atribuído a alguém para que possa desincumbir-se de uma tarefa que lhe é obrigatória. Ou seja, função é o poder que alguém recebe para cumprir um dever. Por isso, fala-se em “poder-dever” do juiz (e do agente público em geral) - ou mesmo “dever-poder”. Essas expressões, especialmente a segunda, servem para destacar o caráter instrumental dos poderes que o juiz recebe. Eles não lhe são atribuídos para que os exerça como bem entender, mas sim para que desempenhe corretamente a atividade jurisdicional” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. e-book baseada na 16. ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2016, p. 210). Assim, os deveres são ineficazes sem os poderes, enquanto os poderes são ilimitados sem os deveres.

²⁵ DIDIER JR., op. cit., p. 61.

Se corretamente aplicado, o bloqueio *on-line* de quantia em contas bancárias, continua sendo um grande instrumento em favor da efetividade, realizando a norma constitucional que garante efetividade ao jurisdicionado.

2. Processo como garantia: há choque entre a garantia do credor e a do devedor?

Analisando conjuntamente os teores do art. 36 da Lei de Abuso de Autoridade e dos arts. 139, IV, e 854, do CPC, pode o leitor questionar-se se há um choque entre garantias do credor ou do devedor, já que o primeiro tem exegese favorável a este, enquanto os outros àquele.

De logo, é de se reconhecer a possibilidade de harmonia entre as normas. Aliás, no plano procedimental civil, o dispositivo da Lei de Abuso de Autoridade não provoca inovação.

Isso porque, de modo algum deixou o credor de ter o direito à satisfação integral de seu crédito por meio do bloqueio de contas do devedor, garantia de ordem constitucional, e positivada no plano legal bem antes da vigência do CPC/15. Por outro lado, nunca foi lícita a penhora de valores que extrapolem o valor da dívida, situação que reforça a observância do direito fundamental do devedor ao contraditório, ainda que posteriormente à medida. Mesmo que postergado, é no contraditório que o devedor aponta eventuais exarcebações no *quantum* bloqueado.

Se o magistrado não observa o contraditório ou, após a ouvida da parte, mantém bloqueio em valor superior ao crédito exequendo, ele incorre na prática do crime de prevaricação (art. 319, CP), vez que se trata de atos vinculados (ambos, como já reforçado, de natureza constitucional)²⁶.

²⁶ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A Lei de Abuso de Autoridade, como dito, não inova no âmbito procedimental civil, mas sim no direito material penal, pois prevê um fato típico mais específico que aquele previsto no art. 319 do Código Penal, imputando, ainda, sanção maior, qual seja, detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A constitucionalidade no âmbito penal é, sim, discutível, sobretudo levando em consideração o uso de termos como “exacerbadamente” e “excessividade da medida” e a dificuldade de se estabelecer, por parâmetros legais ou minimamente objetivos, delimitações a esses termos, o que, por se tratar de cometimento ou não de um crime, pode gerar consequências nefastas.

Contudo, frisamos que, sendo o processo uma garantia em face da jurisdição - poder conferido para a aplicação do direito a um terceiro, revestido das garantias de imparcialidade, cujas decisões não possam ter seu mérito revisto por órgão externo²⁷ -, este tem como premissa assegurar aos jurisdicionados que quem detém o poder, dele não abusará.

Como dito, trata-se de dever-poder por parte do magistrado a aplicação responsável de toda e qualquer medida executiva, não deixando de observar a efetividade, enquanto corolário do devido processo legal, e, para tanto, evitando constrangimentos desnecessários e violações à dignidade da pessoa humana do devedor. Qualquer intentada pessoal do magistrado com vistas a extrapolar ou esvaziar essas garantias é abuso de poder.

É nessa esteira que a harmonia entre as normas mencionadas do CPC e da Lei 13.869/19 se vocaciona para a não deturpação do processo, que, ontológica e constitucionalmente, é um limitador - e não um potencializador - do poder jurisdicional²⁸.

²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 17.

²⁸ PEREIRA, Mateus Costa. *Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista*: Achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro. 2018. Tese de doutorado. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2018, p. 221.

3. Inconstitucionalidade do art. 36 da Lei de Abuso de Autoridade? Análise das medidas tomadas pelos magistrados diante da publicação da lei

Independentemente do que os autores deste trabalho ou o próprio leitor pensam sobre a constitucionalidade do art. 36 da Lei de Abuso de Autoridade, fato é que a norma não agradou parcela da classe de magistrados²⁹. Neste último capítulo, analisaremos como eles têm se insurgido contra o dispositivo.

Pouquíssimo tempo depois da Lei de Abuso de Autoridade ser sancionada, em setembro de 2019, a Associação de Magistrados do Brasil (AMB) ajuizou a ADI nº 6.236/DF em face de diversos dispositivos, dentre os quais, o art. 36, ao argumento de que a vigência da lei com os dispositivos impugnados “atenta contra a própria natureza da atividade jurisdicional cogitar que um magistrado seja responsabilizado penalmente por ter proferido uma decisão equivocada ou ‘manifestamente ilegal’”³⁰, termos que, segundo a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, são repetidos em diversas passagens da lei. Mais especificamente sobre o teor do art. 36 da lei, sustentou a entidade:

De fato, inexistente lei ou ato normativo capaz de DEFINIR o que seria “extrapole exacerbadamente” ou “excessividade da medida” ao se referir à decisão jurisdicional que impõe a indisponibilidade de ativos financeiros ou que deixe de corrigir eventual excesso.

Diante da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeitará à interpretação do julgador, sem base legal, o que possibilitará a ocorrência de arbitrariedade³¹.

²⁹ Associação dos Magistrados do Brasil. *AMB ingressa com ADI no STF contra dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade*. AMB: 30 set. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-ingressa-com-adi-no-stf-contradispositivos-da-lei-de-abuso-de-autoridade/?doing_wp_cron=1571195913.3005619049072265625000. Acesso em 25 abr. 2020.

³⁰ Associação dos Magistrados do Brasil, *ibidem*.

³¹ Trecho da Petição inicial da ADI nº 6236, disponível em <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/09/01-AMB-STF-ADI-LeiAbusoAutoridade-Assinado-1.pdf>, acesso em 25 abr. 2020.

O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade é uma garantia prevista na Constituição e passível de ser manejada pela AMB, entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, CF/88). No procedimento, é conferida, ademais, a possibilidade de valer-se de medida cautelar para sustar os efeitos da lei impugnada enquanto não houver o julgamento definitivo de sua inconstitucionalidade.

Em que pese a ação quase que imediata da entidade perante o Supremo Tribunal Federal, tem-se noticiado outros atos de insurgência contra o dispositivo objeto do presente estudo por parte de juízes Brasil afora.

Tais irresignações estão sendo registradas na fundamentação de diversas decisões judiciais, o que tem gerado dois graves problemas. Como se não bastasse a atitude abusiva de utilizar-se de um espaço inadequado (primeiro problema), pois a fundamentação é destinada à exposição racional dos motivos da decisão, e não de manifestações subjetivas contra a atividade de outro órgão, muitos o fizeram antes mesmo da lei entrar em vigor (segundo problema).

Em outras palavras, o art. 36 da Lei 13.869/19 serviu de fundamento para o indeferimento de pedido de penhora *online*, em verdadeiros registros de revolta de diversos magistrados à eventual vigência da lei, quando ela ainda se encontrava em *vacatio legis* (que durou 120 dias).

Caso que foi objeto de grande repercussão³² foi o processo de execução de título extrajudicial movido por condomínio contra condômino no qual, após pedido de bloqueio *on-line* o magistrado, do TJDF, negou o pedido com fundamento e protesto alicerçados no art. 36 da referida lei de abuso de autoridade. Para o magistrado:

na prática diária, onde o Juiz é responsável pela condução de milhares de processos, nem sempre é rapidamente visualizado e corrigido o exagero desnecessário de tais gravames. Especificamente tratando de penhora de

³² STOCHERO, Tahiane. ALVES, Pedro. *Lei de abuso de autoridade já tem impacto em decisões judiciais pelo Brasil*. G1 São Paulo e G1 Brasília. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/28/lei-de-abuso-de-autoridade-ja-tem-impacto-em-decisoes-judiciais-pelo-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ativos financeiros via sistema BACENJUD, a mola propulsora é a decisão judicial que a defere, mas uma vez ordenado o bloqueio, a resposta pelo próprio sistema BACENJUD não é imediata e muitas vezes extrapola o prazo de 48 horas previsto. (...) Tais situações poderiam dar margem à conclusão de que haveria a conduta típica prevista no art. 36 da Lei contra o Abuso de Autoridade, numa pseudo-demora imputável ao Poder Judiciário, mas em verdade decorrente próprio sistema processual. Ante o exposto, vislumbrando a possibilidade de incorrer na conduta típica do art. 36 da Lei nº 13.869/19, indefiro o pedido de penhora de ativos financeiros via sistema BACENJUD. 9 de setembro de 2019 13:58:59³³

Vale dizer, conforme se percebe da data da decisão, ela foi prolatada antes da entrada em vigor da lei que foi objeto de protesto pelo magistrado. Assim, a lei sequer possuía vigência no ordenamento jurídico o que impede a sua utilização sob o argumento de que o juiz poderia incorrer em abuso de autoridade, vez que inexistente lei penal que venha a retroagir em malefício da parte.

Essa decisão não foi a única. Como se pode ver no exemplo a seguir, o mesmo artigo 36 da Lei de Abuso de Autoridade, ainda em *vacatio legis*, foi também utilizada na fundamentação de decisão na qual o magistrado chegou a registrar que deferiria o bloqueio de valores, mas somente não o fez em razão de possível responsabilização criminal³⁴.

De outro lado, na mesma medida em que há indeferimento em sede de primeiro grau de jurisdição, os Tribunais de Justiça demonstram tendência a reprovar tais condutas de protesto dos magistrados, como visto no TJ-RS em Agravo de Instrumento, que, inclusive, já sob a vigência

³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão interlocutória proferida em: BRASÍLIA-DF, 9 de setembro de 2019 13:58:59. Número do processo: 0733449-40.2017.8.07.0001. Carlos Fernando Fecchio Dos Santos, Juiz de Direito Substituto. Íntegra da decisão disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190926-08.pdf>. Acesso em 15 fev. 2020.

³⁴ COELHO, Gabriela. Outro juiz do Paraná nega pedido de bloqueio de ativos por lei de abuso. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de outubro de 2019, 13h05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/juiz-nega-pedido-bloqueio-ativos-lei-abuso>. Acesso em 20 mar. 2020.

da Lei 13.869/19 determinou a reforma da decisão para autorizar o bloqueio de valores na conta do executado via Bacenjud³⁵.

Diante da discussão acerca de suposta inconstitucionalidade de uma norma, nosso ordenamento provê um instrumento adequado com possibilidade de concessão de medida cautelar, que são as ações de controle de constitucionalidade. No caso do art. 36 da Lei 13.869/19, entretanto, não só se ajuizou a ADI 6.236. Alguns magistrados indeferiram direitos legítimos em decisões cujas fundamentações constam que tinham os exequentes direito à tentativa de penhora *online*, baseando-se uma norma que não estava em vigor.

A usurpação dos poderes-deveres ou deveres funcionais, explícita em decisões como as que comentamos acima, revela questões estruturais ainda presentes na atividade judicante: a) muitos magistrados ainda não se deram conta de que o processo é coisa pública, mais especificamente, uma instituição de garantia do indivíduo frente ao poder conferido para a atividade jurisdicional; b) por isso, o processo torna-se um potencializador desse poder jurisdicional, e não um limitador, desprotegendo ainda mais o maior interessado em sua condução proba: o jurisdicionado; c) isso fica claro quando magistrados, incomodados com o endurecimento de uma sanção penal (que já existia) para uma conduta da qual podem vir a ser agentes, passam a utilizar processos que se encontram sob sua responsabilidade – e que deveriam ser julgados com isenção e objetividade – como meios de protestar contra a lei que instituiu a pena.

Quantos direitos fundamentais podemos arrolar como violados aqui? Só para citar alguns: devido processo legal, acesso à justiça/efetividade, dever de fundamentação das decisões, legalidade, impessoalidade, moralidade.

Diante de mais uma norma que visa proteger a parte mais fraca da relação (o jurisdicionado), os juízes precisam ser corajosos:

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento*. Número do Processo: 70084030964 Órgão Julgador: TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 19. CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 06 maio 2020.

O que é um juiz corajoso? É o juiz voluntarista, que acha que o Direito atrapalha? É o que atende à voz das ruas? É o ativista que acha que pode administrar o Estado concedendo liminares? É o que concede 120 dias de licença-paternidade para um pai-que-é-funcionário-público? É um juiz que mandou fazer conduções agora declaradas inconstitucionais? Para mim, o juiz corajoso é o que faz o simples: cumpre a lei. Que segue rigorosamente a Constituição. É o juiz ortodoxo. É o juiz raiz e não o juiz *nuttela* (para usar uma brincadeira das redes sociais). Contra tudo e contra todos. Corajoso é o que sabe que a Constituição é um remédio contra maiorias.

Mas querem saber o que é o mais louco disso tudo? Obedecer ao Direito é mais fácil! Não gostou do que diz a lei? Não concorda com o texto constitucional? Segure seu ímpeto. Você não é legislador. E nem constituinte.³⁶

Indeferir o bloqueio de verbas com base numa norma de direito penal material, seja por protesto contra sua vigência, seja por medo de ser enquadrado no crime lá tipificado, mostra a falta de coragem, atributo essencial à função judicante. Reiteramos: toda a coragem ora defendida consiste em tão somente cumprir a lei e a Constituição.

Assim, se algum dispositivo da Lei de Abuso de Autoridade é inconstitucional, caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir. O que podemos afirmar com mais segurança é: se tem algo de inconstitucional no impasse em comento é se utilizar de uma garantia fundamental para desproteger seu próprio destinatário. É a deturpação da coisa pública (o processo) para proveito pessoal (demonstração de insurgência contra a aprovação de uma lei), conduta que – não é de hoje – configura crime.

4. Remate: a inconstitucionalidade do indeferimento de bloqueio de contas bancárias com fundamento na Lei de Abuso de Autoridade

Por fim, para respondermos de forma completa à pergunta deste artigo, é necessário analisarmos a possibilidade de indeferimento da

³⁶ STRECK, Lênio. Há boas razões para obedecer ao direito e desobedecer ao impulso moral. *Revista Consultor Jurídico*. Conjур: 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-21/boas-razoes-obedecer-direito-desobedecer-moral>. Acesso em 28 abr. 2020.

penhora *online* após vigência definitiva – e sem declaração de inconstitucionalidade – da Lei de Abuso de Autoridade.

Como vimos, quando tal indeferimento se dá em período de vacância ou por ato de protesto, uma gama de direitos fundamentais processuais é violada. Contudo, viramos o ano de 2020 com a entrada em vigor da lei em janeiro. É possível manter tal postura?

A título de exemplo, temos a Portaria nº 22 de 30/09/2019, assinada pelo Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Palmas (TJPR), que determina a cessação de penhoras *online* via *Bacenjud* a partir de janeiro de 2020, nos seguintes termos:

Art. 1º. Determinar que a partir do mês de janeiro do ano de 2020 não será mais realizada a penhora online de eventuais contas correntes e aplicações financeiras mantidas pela parte devedora, através do sistema BACENJUD, exceto decorrente de ordem superior (recursal, Corregedoria-Geral de Justiça).

Parágrafo único. A determinação terá validade tanto para a Vara Cível e Anexos quanto para a Vara Criminal e Anexos, incluindo os Juizados Especiais desta Comarca.³⁷

Vale registrar um dos "considerandos" da referida Portaria, onde motiva sua publicação com base no art. 36 da Lei 13.869/19:

"CONSIDERANDO as situações que poderiam dar margem à conclusão de que haveria conduta típica prevista no art. 36 da Lei contra o Abuso de Autoridade, numa pseudo-demora imputável ao Poder Judiciário, mas em verdade decorrente ao próprio sistema processual que impõe o contraditório no art. 10 do CPC, segundo a qual "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"³⁸

³⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Portaria nº 22/2019*, TJPR – Comarca de Palmas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-suspende-penhora-online-comarca.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

³⁸ PARANÁ, *ibidem*.

Parece-nos claro que, pela construção dogmática feita neste trabalho, mesmo após a vigência da Lei nº 13.869/19, não é possível afastar um bloqueio de contas bancárias com base na referida lei. Vale, aqui, lembrar: o art. 36 da referida lei não provocou alterações na seara procedimental civil (especialmente, do procedimento executivo), mas, tão somente, na esfera penal material, pois agrava um crime já existente no ordenamento.

A fundamentação de uma decisão judicial é o "elemento da decisão em que o julgador vai analisar as questões e justificar racionalmente, através de uma exposição das razões de fato e de direito, o motivo do acolhimento ou não da pretensão"³⁹. Nessa senda, viola o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88⁴⁰) o magistrado de competência civil que julga o conflito fundamentando com dispositivo normativo penal, ato que torna a fundamentação despida da justificação racional atrelada às questões de fato e direito da lide.

Sobre a devida observação deste dever judicial, ressaltam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 323):

Necessário o cuidado de indicar por que a norma jurídica incide no caso concreto, expondo *se e de que modo* está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto ou, em se tratando de princípio jurídico, explicando *se e de que modo* a finalidade buscada deve ser concretizada no caso concreto⁴¹.

Sendo necessário observar o “se” e o “de que modo” a norma jurídica incide no caso concreto, conclui-se que é inadmissível a incidência da

³⁹ GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 265.

⁴⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴¹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisões, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed., Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 323.

normal penal do art. 36 da Lei 13.869/19 como fundamento para a não aplicação de uma medida executória típica, como a prevista no art. 854 do CPC.

Concluimos, então, que mesmo após a vigência da Lei de Abuso de Autoridade – iniciada em janeiro de 2020, é inconstitucional o indeferimento de bloqueio de verbas em contas bancárias com fundamento no art. 36 da referida lei, por malferir o direito fundamental dos jurisdicionados à decisão fundamentada, previsto no art. 93, IX da nossa Lei Maior.

Considerações finais

De fato, toda legislação que ameaça algumas peças do xadrez processual faz com que a organização do tabuleiro seja modificada de modo a proteger o jogador. Não por outro motivo, quando a legislação em comento carece de técnica legislativa mais apurada, como é o caso da Lei de Abuso de Autoridade, e traz no tipo penal conceitos abertos como “exacerbadamente” e “excessividade da medida”, a conduta do magistrado pode ser de evitar se enquadrar naquela conduta típica ou, ainda, a de rechaçar a nova lei.

O fato é que, o magistrado sequer deve ser peça nesse xadrez, tendo em vista que cabe a ele gerir o processo de acordo com a lei e, quando se trata de execuções civis, conduzir a marcha para satisfazer a prestação inadimplida de modo a resguardar os direitos do credor/exequente, resguardando a necessária atenção aos requisitos processuais.

Se, como visto nas decisões investigadas, o fundamento do medo seja eventual erro no memorial de cálculos fornecido pela parte autora, como foi argumentado em decisões judiciais, o magistrado está resguardado pelo art. 1º, § 2º da Lei 13.869/19 que dá por descaracterizado o abuso de autoridade se o erro ocorrer em face de divergência na avaliação de fatos e provas. Se o receio para deferimento for a demora no trâmite do pedido de revisão da decisão ou no excesso de execução pelo bloqueio de quantias

impenhoráveis, valerá o registro de que essa comunicação ao magistrado seja inequívoca e não ocorra tão somente pelo peticionamento, vez que é de conhecimento da prática forense acerca da necessidade de que os autos restem conclusos ao magistrado.

É de se dizer que, por si só, a Lei de Abuso de Autoridade não enseja temor pela magistratura no tocante aos artigos relacionados à execução civil se às práticas previstas já anteriormente pela legislação forem respeitadas, conforme largamente espreado. Entretanto, algumas conclusões podem ser feitas na medida em que são inconstitucionais as decisões que indeferiram os pedidos quando a Lei 13.869/19 ainda estava em período de vacância e continua inconstitucional com a lei em vigor, o que confirma a hipótese levantada inicialmente.

Inconstitucional também o uso pelos magistrados de processos alheios para protestar contra a referida lei. Processos esses nos quais figuram não como parte, mas como terceiro imparcial objetiva e subjetivamente. Necessário, portanto, que essas medidas sejam pacificadas no Poder Judiciário brasileiro para que restem balanceados os direitos tanto de devedores quanto o direito à satisfação da obrigação prevista no título em benefício do credor.

Referências

Associação dos Magistrados do Brasil. *AMB ingressa com ADI no STF contra dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade*. AMB: 30 set. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-ingressa-com-adi-no-stf-contradispositivos-da-lei-de-abuso-de-autoridade/?doing_wp_cron=1571195913.3005619049072265625000. Acesso em 25 abr. 2020.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

COELHO, Gabriela. Outro juiz do Paraná nega pedido de bloqueio de ativos por lei de abuso. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de outubro de 2019, 13h05. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-out-02/juiz-nega-pedido-bloqueio-ativos-lei-abuso>. Acesso em 20 mar. 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisões, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed., Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão interlocutória proferida em: BRASÍLIA-DF, 9 de setembro de 2019 13:58:59. *Número do processo*: 0733449-40.2017.8.07.0001. Carlos Fernando Fecchio Dos Santos, Juiz de Direito Substituto. Íntegra da decisão disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190926-08.pdf>. Acesso em 15 fev. 2020.

GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e SOARES, Carlos Henrique (Coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAMI, Marcos Youji. *Da Vedação ao Non Factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Portaria nº 22/2019*, TJPR – Comarca de Palmas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-suspende-penhora-online-comarca.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

PEREIRA, Mateus Costa. *Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista*: Achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro. 2018. Tese de doutorado. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. Ainda e Sempre a Penhora On-Line: constitucionalidade, princípios e procedimento. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento*. Número do Processo: 70084030964, Órgão Julgador: TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 19. CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 06 maio 2020.

STOCHERO, Tahiane. ALVES, Pedro. *Lei de abuso de autoridade já tem impacto em decisões judiciais pelo Brasil*. G1 São Paulo e G1 Brasília. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/28/lei-de-abuso-de-autoridade-ja-tem-impacto-em-decisoes-judiciais-pelo-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2020.

STRECK, Lênio. Há boas razões para obedecer ao direito e desobedecer ao impulso moral. *Revista Consultor Jurídico*. Conjur: 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-21/boas-razoes-obedecer-direito-desobedecer-moral>. Acesso em 28 abr. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. e-book baseada na 16. ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2016.

A mitigação do acesso à justiça: um entrave à democracia

Amanda Vicente de Farias Batista

Introdução

A jurisdição, em seu conceito mais literal, significa o poder de “dizer o direito”. Esse poder, com o passar do tempo, chegou às mãos do Estado a partir do momento em que essa instituição se fortaleceu e chamou para si a responsabilidade de solucionar os conflitos intersubjetivos, não se restringindo a somente definir os direitos, mas impondo as decisões.

A função jurisdicional, no Brasil, é exercida pelo Poder Judiciário, ao qual compete aplicar as leis no caso concreto e distribuir a justiça, contando com órgãos públicos e com a competência e investidura dos magistrados. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”¹. Essa função objetiva resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei, em prol da paz social.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que nenhuma ameaça ou lesão à direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme previsão constitucional do Art. 5^a, XXXV,² compreende-se que o Estado

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 19^a edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 131.

²Art. 5^a, XXXV da CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

tem o dever-função de apreciar a demanda levada ao seu conhecimento e prestar tutela jurisdicional. Assim, tem-se que o povo é o destinatário final das normas e, diante de tais previsões, pode recorrer ao judiciário para fazer valer seus direitos.

Acontece que há uma série de obstáculos que impossibilitam o povo de, verdadeiramente, conhecerem seus direitos e exigirem a prestação da tutela jurisdicional. Desse modo, é evidente que, na realidade brasileira, uma grande parte da população ainda não possui o efetivo acesso à justiça.

A justiça, para os gregos, significava conceder a cada um aquilo que é seu. No momento em que o povo entrega ao Estado o poder de dizer o direito, em outras palavras: de fazer justiça, esse fica compelido a garantir meios justos, eficazes e igualitários para que a dignidade humana se concretize.

No preâmbulo da Carta Magna brasileira, o dever-função do Estado é claramente estabelecido: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”³, portanto, garantir o acesso à justiça é uma atribuição inerente à própria condição de Estado. Certo é que, nenhum direito poderá ser conquistado se não for proporcionado, aos seus legítimos possuidores, os meios de buscá-los.

Diante disso, compreende-se que a garantia do acesso à justiça é, sem dúvidas, o pilar que sustenta toda a estrutura de um Estado Democrático de Direito, pois, se assim não o fosse, de que adiantaria se submeter ao Estado se esse não possuir instrumentos para garantir segurança? Ou até mesmo, de que adiantaria possuir direitos e não ter como pleiteá-los? Significaria nada mais do que a institucionalização escancarada da injustiça.

A questão que se põe, traz a lume um importante problema: a mitigação do acesso à justiça é um entrave para a construção de uma verdadeira Democracia. Toda a sociedade é afetada por esse embaraço, mas é incontestável que as pessoas que mais sofrem as consequências

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

dessa inefetividade são aquelas vulneráveis, desprotegidas pelas suas próprias condições e desamparadas pela justiça.

A relevância da temática está pautada na necessidade de realizar o enfrentamento do problema que há muito se faz presente na sociedade brasileira, sendo válido realizar uma varredura a respeito do que se discute e as implicações atuais, buscando, incansavelmente, a resposta aos problemas sociais decorrentes da falta do acesso amplo e irrestrito à justiça.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo principal compreender o motivo pelo qual o efetivo acesso à justiça ainda sofre mitigação e como isso representa um entrave para a realização do Estado Democrático de Direito. A temática foi estudada através de pesquisa bibliográfica e analisada a partir da realidade brasileira, utilizando-se do método dedutivo, a fim de fosse possível realizar as conclusões do presente trabalho.

1. O termo acesso à justiça

O termo acesso à justiça comporta um leque de sentidos, que vai desde o mais estrito, como unicamente a entrada do processo no âmbito do poder judiciário, e essa foi uma preocupação do legislador constituinte quando deu status de direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, até o sentido mais amplo. Percebe-se que a amplitude desse termo está intimamente relacionada com o sentido do acesso à tutela, isso é, o alcance dos direitos, assim como estão previstos no ordenamento. Desse modo, transcende a garantia da ordem jurídica justa e está sustentando a base do Estado Democrático de Direito.

Não importando o sentido, a verdade é que há uma dificuldade em torno da efetivação desse acesso, em todos os seus aspectos. Portanto, não cabe discutir sobre a definição do termo, mas sim sobre a sua realidade prática e a sua influência na sociedade atual. Como reconheceu Mauro

Capelletti e Bryant Garth, em sua obra “Acesso à Justiça”, a expressão é “reconhecidamente de difícil definição”.⁴

Importa entender que o acesso à justiça pressupõe a oportunidade de fazer valer o direito, sendo, portanto, um direito basilar, visto que é o garantidor de todos os outros, não se confundindo com, simplesmente, o acesso ao Judiciário. Além disso, como princípio de um Estado Democrático de Direito, comporta um número indeterminado de aplicações. Como bem defende Kazuo Watanabe,⁵ o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal, tampouco nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes.

2. O projeto de Florença

Destaca-se uma breve explanação a respeito do Projeto de Florença, em razão de sua extrema relevância na construção dos estudos em torno do acesso à justiça. O projeto foi realizado na década de 70, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth, foi um marco inicial na abordagem do assunto, trazendo o enfoque social para o direito.

O objetivo do projeto foi abordar os problemas da efetividade. A obra relaciona as questões econômicas, mencionando o alto custo judicial, a despesa com os honorários advocatícios e o tempo, como um coadjuvante, visto que a morosidade acarreta sérias e insanáveis consequências para as partes.

Considerando as questões pessoais, o estudo analisa a aptidão das pessoas para reconhecerem os direitos, sendo esse um elemento crucial para a acessibilidade à justiça, e também consideraram as vantagens sociais e econômicas que um litigante possui sobre o outro.

⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988

Após identificarem as barreiras ao acesso, os autores, em uma conclusão preliminar, expõem que um fator complicador para se atacar esses obstáculos é o modo como muitos dos problemas suscitados estão interligados e, em razão disso, a forma de transpô-los também se sobrepõem.

Cappelletti e Garth, ao identificarem as medidas que viabilizam a efetividade do acesso à justiça, definiram três movimentos denominados de “ondas renovatórias”: a assistência judiciária para as pessoas em situação de pobreza, a representação dos interesses difusos e o acesso à justiça em uma concepção mais ampla.

A primeira onda se concentrou em um dos obstáculos mais cruéis: a falta de recursos financeiros, que fazia com que grande parte da população recuasse frente à violação de seus direitos. Esse movimento se preocupou em criar mecanismos para viabilizar os serviços jurídicos para as pessoas em situação de pobreza.

A segunda onda dizia respeito às reformas necessárias para proporcionar a representação jurídica dos interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. Segundo José Eduardo Carreira Alvim,⁶ a segunda onda potencializou uma mudança na concepção do Direito Processual Civil, que deixou para trás a visão individualista extremada, para de algum modo fundir-se numa concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização de direitos concernentes a interesses difusos.

Enquanto que a terceira onda, conforme os autores, referia-se à reforma interna do processo que percorre “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça”. O movimento visava estimular as reformas, mudanças estruturais dos tribunais e a criação de formas extrajudiciais de resolução de conflitos, entre outras medidas.

⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: Acesso e Descesso. Disponível em: http://www.fchristus.com.br/downloads/geral/profa_andrine_texto_1.pdf. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Elaborado há mais de 40 anos, o Projeto de Florença ainda se mostra muito atual e seus apontamentos são bastante pertinentes. Das questões levantadas como obstáculos, devemos reconhecer que muitos avanços foram obtidos no decorrer do tempo, minimizando os impactos e possibilitando um maior acesso à justiça.

Dessa forma, essas ondas renovatórias cumpriram sua função e propagam suas contribuições até hoje, mas, agora, faz-se necessário repensar o acesso à justiça, visto que o projeto de Florença se tornou insuficiente para os desafios atuais.

3. A constituição de 1988 e o II Pacto republicano de estado

Apesar das constituições anteriores já mencionarem direitos relacionados ao acesso à justiça, como a Constituição de 1946, que introduziu a previsão de que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, foi somente através da Constituição de 1988 que se demonstrou uma preocupação com a implementação de medidas capazes de garantir o acesso à justiça.

A Constituição de 1988 consagrou princípios que são de extrema importância para a construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito, muitos deles dão suporte à concepção do acesso à justiça, como princípio e como direito.

Nesse sentido, deve-se mencionar o princípio do acesso ao judiciário, contido no art. 5º, XXXV da CF/88, também conhecido como inafastabilidade da jurisdição, o qual estabelece que nenhuma lesão à direito ou ameaça pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Como observa Humberto Teodoro Júnior, “todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional”.⁷

⁷ THEODORO JR., Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. Revista da Emerj, vol. 5, n° 17, 2002, p. 24-52, p. 25.

O princípio do devido processo legal (Art. 5º, LIV, CF/88) busca assegurar a regularidade do procedimento, dele derivam outros princípios, como contraditório e ampla defesa, ambos contidos no Art. 5º, LV, CF/88, que são de imensurável importância na garantia da justiça no processo, evitando arbitrariedades.

O princípio da igualdade, está definido no artigo 5º, caput, da Carta Maior, que dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁸ e se revela como uma garantia de valor inestimável na perseguição de medidas que ensejem o acesso à justiça.

Além de todos esses princípios, como enfrentamento ao obstáculo econômico, a Constituição cidadã de 1988, a partir do Art. 5º, LXXIV, prevê: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁹. Esse é um pilar fundamental na ampliação do acesso à justiça, isso porque, através dessa previsão, duas necessidades são satisfeitas, as custas processuais e os serviços advocatícios.

Nos anos de 1840, as primeiras leis brasileiras deram passos iniciais na direção da proteção jurídica aos pobres (Lei imperial 261). Em 1934 houve o reconhecimento do princípio da assistência judiciária em nível constitucional, através do Art. 113, nº 32 da Constituição da República de 1934: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.¹⁰

Sucessivamente, a Constituição de 1988 cuidou de amparar as pessoas que não possuem recursos para arcar com as despesas de um processo e de amparar as pessoas que, via de regra, não podem arcar com

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

¹⁰ Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

os honorários advocatícios, ao mesmo tempo que busca promover a aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos.

Como entende Araken de Assis,¹¹ a previsão constitucional que estabelece a gratuidade tem a finalidade de não tornar inútil a garantia de acesso à justiça:

“É natural que, evitando tornar a garantia judiciária inútil à maioria da população e a menos para os desprovidos de fortuna e recursos, a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos. Antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na Justiça, sem embargo da ulterior necessidade de recursos e armas técnicas, promovendo o equilíbrio concreto. Neste sentido, a gratuidade é essencial à garantia do acesso à Justiça.”

Além da Constituição de 1988 ter se mostrado um diploma essencial para a garantia do acesso à justiça, através de suas preocupações externalizadas pelos princípios e previsões, outro importante mecanismo foi o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, assinado pelos chefes dos três Poderes em 2009.

O Pacto teve como objetivos: o incremento do acesso universal à Justiça, especialmente, aos mais necessitados, o aprimoramento da prestação jurisdicional, através da efetivação do princípio da razoável duração do processo e da prevenção de conflitos, assim como o fortalecimento das instituições do Estado. Tais objetivos foram compromissos firmados pelos representantes dos três Poderes.

A partir desse Pacto, muitas leis e medidas foram criadas, como a Lei nº 11.965, que permite a participação de defensores públicos em atos extrajudiciais. Além disso, conferiu prioridade à conclusão da Reforma Constitucional do Judiciário e das proposições legislativas relacionadas à democratização do acesso à justiça.

¹¹ ASSIS, Araken de. Benefício da gratuidade, Revista Ajuris, Porto Alegre, ano XXV, Julho n. 73, p. 162-200, 1998.

Portanto, pelos instrumentos mencionados, depreende-se que, parafraseando Paulo Bonavides,¹² o Estado se obriga a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais através de intervenções de retificação. Mas essas ingerências precisam ser constantemente revistas e reafirmadas, em virtude das mudanças sociais e dos novos desafios que delas decorrem.

4. A defensoria pública como a concretização máxima do acesso à justiça

A Constituição de 1988, em seu art. 134¹³, insere a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, responsável pela orientação jurídica e defesa dos hipossuficientes.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Apesar desse órgão ser estruturado em torno da necessidade de promover o efetivo acesso à justiça para garantir direitos a todos, o que acontece, na realidade, é a patente desvalorização da Defensoria Pública pelo Estado. Há um discurso irreal sobre a garantia de assistência aos necessitados e vulneráveis, em razão da inexistência de uma instituição apta para realizar de forma qualitativa seu papel, caindo no abismo entre o dever-ser e o ser.

Na esfera quantitativa, o Brasil possui 6.072 defensores públicos, número que traduz um déficit bastante alarmante quando percebemos que 88% da população brasileira são potenciais usuários do serviço, conforme pesquisa realizada pela Anadep - Associação Nacional de

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Defensoras e Defensores Públicos, observando o critério de renda (pessoas que recebem até três salários mínimos).

Por outro lado, com a evolução legislativa, percebe-se um lento progresso. Atualmente, todos os estados brasileiros possuem Defensoria, graças à Emenda Constitucional nº 80 de 2014 que prevê que até 2022 todas as unidades jurisdicionais deverão possuir defensores.

Além dessa medida que atentou para a necessidade da implementação de número de defensores proporcional para demanda da população, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que tratou da Reforma do Judiciário, também buscou garantir o cumprimento do princípio do acesso à ordem jurídica justa através da previsão da justiça itinerante e sua descentralização. Assim como também garantiu o estabelecimento da autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais, constituindo um importante avanço.

A Defensoria tem buscado ultrapassar os obstáculos, se esforçando para atender a demanda da população, utilizando-se de mecanismos como a justiça itinerante, que busca dar efetividade à previsão constitucional da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, a fim de ampliar o atendimento e evitar que os cidadãos deixem de buscar a justiça em razão da distância até a Defensoria mais próxima.

Destaca-se também o Projeto de formação e implantação de Defensores Populares, que ganhou destaque e que tem como objetivo capacitar a população ao exercício da cidadania, introduzindo noções básicas sobre direitos para que líderes comunitários e até mesmo para que a própria população saiba identificar e reconhecer seus direitos e lutar por eles, com a assistência da Defensoria. Afinal, a educação em direitos é condição básica para o exercício da cidadania e para a busca pela dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, o abismo que distancia a previsão constitucional da realidade brasileira é bastante perceptível e decorre, especialmente, da falta de investimento público. A administração pública peca ao não dispor de recursos para investir na atuação da Defensoria Pública, a quantidade

insuficiente de defensores, a falta de uma estruturação eficaz para garantir a qualidade da prestação da assistência jurídica e a falta de estrutura física e do seu alcance acaba por provocar lesão aos direitos sociais e individuais da população brasileira. E como sempre aconteceu, o povo fica à mercê de medida públicas capazes de satisfazerem as suas necessidades.

Apesar de tamanha necessidade de reestruturação e de valorização, que a torne capaz de desenvolver de forma coerente os objetivos constitucionalmente atribuídos, a Defensoria Pública ainda se revela como forma máxima de concretização do acesso à justiça, sendo instrumento fundamental na realização de um Estado Democrático de Direito.

5. A dificuldade para efetivar o acesso à justiça na realidade brasileira

Por todo o exposto, não se pode ignorar os desafios atuais, ciente de que cada sociedade possui suas próprias características e com elas, seus obstáculos ao acesso à justiça. Tais obstáculos parecem ser sempre intransponíveis, visto que os paradigmas sociais sofrem mudanças constantes e quando medidas são adotadas pelo Estado, já não suprem mais os novos desafios.

Compreende-se que o grande anseio não é em torno da concessão do acesso à justiça como instituição, como prevê a Carta Magna em seu art. 5º, XXXV, quando dispõe sobre a inafastabilidade da jurisdição, mas trata-se da busca incessante por viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, em todos os seus aspectos, capaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa.

Os dados colhidos pelo IBGE, através das Pesquisas Síntese dos Indicadores Sociais, em 2017 e 2018, expressam que 64,9% da população brasileira não tem pelo menos um dos seguintes direitos garantidos: educação, proteção social, moradia adequada, serviços de saneamento básico e à internet. A realidade é ainda mais preocupante quando se sabe que esse relatório só inclui os brasileiros que tem domicílios, portanto, os números excluem os moradores de rua.

Apesar da pesquisa realizar um recorte e não incluir direitos como saúde, trabalho e segurança, já é um retrato bastante esclarecedor da realidade brasileira, esses números resumem a dificuldade do Brasil em prestar acesso à justiça, em seu significado mais amplo.

Diante da percepção de que a realidade brasileira está aquém do que se espera dentro de um Estado Democrático de Direito, visto que o acesso à justiça não é universal, cabe exigir que todas as instituições políticas concentrem seus esforços a fim de efetivar o interesse comum do povo: o acesso à justiça.

Tendo em vista que o problema está atrelado a diversos fatores, é necessário realizar uma visualização panorâmica do assunto, sendo viável analisar os entraves do efetivo acesso à justiça através de quatro perspectivas: as leis não bastam, o aparelhamento do Estado, a morosidade e a conservação dos instrumentos processuais paritários.

5.1. As leis não bastam

Dentro da realidade brasileira, sabe-se que há uma excessiva produção legislativa e que esse excesso se torna completamente inconsistente e inútil para as necessidades reais.

Desde a Constituição de 1988, diversas leis foram criadas com o objetivo de tornar efetivo o acesso à justiça. A última reforma do judiciário, em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, assim como também o Código de Processo Civil, Lei nº13.015/15, trouxeram a necessidade expressa de buscar meios eficientes para o acesso à justiça, seja através de princípios ou de procedimentos estampados.

A Emenda Constitucional de 2004 teve como objetivo a reforma do judiciário diante do seu descrédito. Dentre as mudanças vale destacar: a previsão do direito a razoável duração do processo, a previsão de autonomia para as Defensorias Públicas Estaduais, a atuação do Tribunal Regional do Trabalho e do Tribunal de Justiça através da justiça itinerante

e a sua descentralização através das câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Portanto, as leis não bastam e se pode esperar das previsões legais mais do que elas podem oferecer, ou seja, é necessário que haja o impulsionamento para torná-las consistentes, efetivas e úteis para a população. Assim, não há necessidade de reformas legislativas, mas há sim a necessidade de ressignificar o que já está previsto, e essa ressignificação só acontece com a percepção do impacto da realidade.

5.2. O aparelhamento do estado

A dificuldade de aparelhar o Estado, estruturalmente e institucionalmente, sempre foi um enorme obstáculo, visto que para o aparelhamento é necessário o investimento público, tanto através de recursos financeiros quanto recursos humanos.

É evidente a falta de defensores públicos para atender a demanda dos jurisdicionados, além de que o fato de se sobrecarregarem de processos naturalmente provoca uma falha na prestação da assistência jurídica com qualidade. Não é raro que um defensor compareça em uma audiência sem ter contato prévio com o processo e, por vezes, até se desdobram para acompanhar duas audiências simultaneamente.

É preciso que se invista na realização de mais concursos públicos, buscando ter uma proporcionalidade entre a quantidade de profissionais e a população. Claro que a reestruturação não é algo simplista, envolve toda a dinâmica do orçamento estatal e de uma instituição.

Nesse contexto, é de grande valia mencionar a Lei 9.099/1995, que promoveu a implantação dos Juizados Especiais objetivando democratizar o acesso ao judiciário. Fato é que essa lei trouxe a necessidade inerente de aparelhar o Estado, a fim de resolver as causas de menor complexidade.

Portanto, a realidade salta aos olhos e não pode aguardar o livre arbítrio das autoridades competentes, é importante que haja um reconhecimento dessa necessidade por parte da população e que essa exija

medidas concretas para o aparelhamento do Estado em sua esfera de prestação jurídica.

5.3. A morosidade da prestação jurisdicional

Outro problema típico do judiciário brasileiro que interfere diretamente no acesso à justiça é a morosidade da prestação jurisdicional. Nesse sentido Ruy Barbosa¹⁴ declarou que a justiça tardia nada mais é do que a injustiça institucionalizada. Acontece que com a quantidade de demandas levadas ao judiciário é impossível prestar a tutela jurisdicional em tempo útil.

Nos dias atuais, a angústia e o transtorno provocado em razão do tempo de uma demanda tem sido objeto de grande preocupação, não há dúvida de que a morosidade da prestação jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça.

O Brasil, ao promulgar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporou no ordenamento jurídico o conteúdo dessa convenção, sendo uma das garantias estabelecidas a duração razoável do processo.

Uma das propostas para essa problemática é o incentivo a solução dos conflitos no âmbito administrativo ou extrajudicial.

É certo que o judiciário é abarrotado de processos de litigantes habituais. E, nesse contexto, é interessante avaliar a implementação da apreciação na esfera administrativa como uma etapa prévia para a admissibilidade no âmbito jurídico, pois seria uma forma eficiente de prestar o acesso à justiça diante das demandas de massa. Mas essa possibilidade não poderia se tornar um embaraço para a propositura de ação judiciária, pois não pode se tornar uma inconstitucionalidade no sentido de afastar a apreciação pelo judiciário.

¹⁴ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Coleção Literatura Luso-Brasileira, São Paulo: DICOPEL - Divulgadora Comercial Pedagógica Ltda, 1980.

O incentivo para implementar essa apreciação inicial no âmbito administrativo é bastante válido porque reduz os gastos de uma judicialização e diminui a demanda de processos levados ao judiciário que poderiam ser resolvidos com uma simples negociação ou diálogo entre as partes. Porém, é evidente que essa expectativa pressupõe um grau mínimo de eficiência da instância administrativa.

Um exemplo recente de eficiência na utilização do meio administrativo foi a implementação da plataforma no site do consumidor, que possibilita o acesso direto entre consumidores e fornecedores. Segundo os dados da própria plataforma 80% das reclamações registradas são solucionadas em torno de 7 dias, o que torna possível presumir que cerca de 500 mil processos deixaram de ser ajuizados, falando numa economia de bilhões.

Outro meio de tentar debelar a morosidade foi a criação das metas de produtividade dos juízes pelo CNJ, que tem mostrado resultados bastante promissores de um avanço em rumo à prestação jurisdicional em tempo útil. As metas do CNJ passaram a representar soluções de gestão voltadas a desafogar o poder judiciário.

5.4. A conservação dos instrumentos processuais paritários

Para que seja possível garantir um acesso à justiça justo e igualitário às partes litigantes, é necessário conservar os instrumentos processuais paritários. As desigualdades extraprocessuais não devem transpor para a esfera processual, para isso foram instituídas as garantias como o benefício da justiça gratuita e assistência jurídica.

A ineficiência do acesso à justiça não é um problema meramente econômico, é um problema social, as pessoas com insuficiência financeira mesmo quando acreditam ter direitos, se mostram desconfiadas e não procuram assistência ou até mesmo não se acham no direito de pleiteá-los.

Nesse sentido, a Defensoria Pública destaca-se como instrumento capaz de aproximar as comunidades vulneráveis e hipossuficientes à justiça, a fim de instruí-las em seus direitos e efetivá-los.

Portanto, a nossa realidade, não raramente, mitiga o acesso à justiça tão preconizado pelo texto constitucional, fazendo-se necessário que seja realizado um trabalho de cooperação entre os três poderes do Estado, a fim de que medidas sejam tomadas para potencializar os meios de efetivar o acesso à justiça e amenizar a problemática que provoca um entreva à realização do Estado Democrático de Direito.

6. A potencialização dos meios para efetivar o acesso à justiça

Apesar de lento, é considerável o avanço em torno dos meios para efetivar o acesso à justiça, mas faz-se necessário potencializá-los para que se possa alcançar o amplo, irrestrito e constitucional acesso à Justiça.

Para tanto, é imprescindível que haja investimento massivo nas políticas públicas de acesso à justiça. Por outro lado, o caminho mais coerente a ser percorrido em prol da potencialização dos meios é justamente conceder conhecimento dos direitos à população. Esse conhecimento engloba o reconhecimento de seus direitos em uma situação de vulnerabilidade ou de lesão e o reconhecimento dos meios pra obter a tutela jurisdicional.

Apesar do Direito ser um bem do povo e criado para servi-lo em sua esfera mais íntima, em sua dignidade, este mesmo povo o desconhece.

Portanto, faz necessário melhorar a qualidade dos serviços prestados à sociedade, possibilitando agilidade, mediante a informatização e desenvolvimento de programas de qualificação dos agentes e servidores do Sistema de Justiça. Assim como também é necessário enviar recursos orçamentários para a implantação de programas e ações comunitárias, como a justiça itinerante e a formação de Defensores Populares.

Por fim, é imprescindível conceder condições para que prestação jurisdicional seja obtida e isso não significa instigar a litigância mas

significa prestar justiça para aqueles desamparados, de forma que essa justiça garanta dignidade, eficiência e utilidade.

Outro importante caminho a ser trilhado e que já vem adquirindo um espaço bastante considerável é o fortalecimento da mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios de autocomposição, voltados para a pacificação social e menor judicialização.

Conclusões

É clarividente que o direito de acesso à justiça desempenha função primordial, na medida em que constitui o ponto de partida para a concretização dos demais direitos. E diante de todo o exposto percebe-se a relevância da responsabilidade do Estado para com os jurisdicionados, uma responsabilidade não somente jurídica, mas moral e social.

O acesso à justiça no Brasil apesar de possuir patamar constitucional, como um direito fundamental, é evidente que na prática a sua universalização é utópica, pois se trata de um recurso escasso e desigualmente distribuído. O problema do acesso à Justiça é, sem dúvida, bastante complexo e exige uma variedade de iniciativas.

De nada valem as disposições se não existirem condições materiais que as ponham em prática, que as tornem palpáveis. Esclarece-se que não se pretende questionar o valor das normas jurídicas, mas busca-se ressignificar as previsões, a fim de que essas existam com a finalidade clara e prática no contexto social brasileiro.

A importância de analisar as quatro perspectivas do problema consiste no fato de que a falha no dever função do estado de garantir o acesso à justiça é um entrave para a realização de um Estado Democrático de Direito, porque essa é uma condicional para a defesa de todos os outros direitos.

Destaca-se que a socialização do acesso a justiça não significa instigar os conflitos, mas é garantir que todos tenham o conhecimento dos seus direitos, saibam os meios de defende-los e obtenham a prestação

jurisdicional digna, eficiente e em tempo útil. Mas não se afasta a possibilidade de ocasionar um grande crescimento na quantidade de demandas, para isso cabe o incentivo do uso da solução na esfera extrajudicial e do aparelhamento do Estado.

Apesar de ser um tema constantemente discutido, é sempre válido realizar estudos, diante da dinâmica da sociedade, em todas as suas vertentes, o acesso à justiça costuma ser tratado de formas diferentes. Alguns governos instigam mais a ampliação dos meios para efetivar tal acesso, enquanto outros concentram seus esforços em, aparentemente, na conveniência de seus próprios interesses, deixando morrer a ferrenha luta por um judiciário sem corrupção, sem discriminação e com condições financeiras de implantar meios de acesso.

Buscar resultados concretos pode ser um desejo ambicioso quando se observa a quantidade de destinatários, mas é essencial para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Portanto, reafirma-se que é possível uma revisão do processo de construções de políticas públicas à luz do Estado Democrático de Direito de modo que as mesmas se tornem instrumentos de proteção e garantia dos direitos fundamentais e que para isso basta potencializar os meios de acesso à justiça já existentes.

Por fim, nenhum passo será dado rumo à construção de um verdadeiro e real Estado Democrático de Direito, se a consciência brasileira permanecer com a simplista visão de que a Constituição Federal garante o acesso à justiça, enquanto que, o povo, carente de conhecimento, amparo, orientação e JUSTIÇA, assim permanece.

Referências

Paraná é o Estado com menos defensores públicos. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil>>. Acesso em 05 de maio de 2020.

Releitura do princípio do acesso à justiça. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/TendenciasdoProcessoCivil/134,MI304544,91041-Releitura+do+principio+do+acesso+a+Justica+A+necessidade+de+previo>>. Acesso em 07 de maio de 2020.

Democratização do Acesso à Justiça. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/democratizacao-do-acesso-justica-negligenciou-custos-e-prazos>> Acesso em 24 de fevereiro de 2020.

A função jurisdicional e o poder judiciário no Brasil. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9981/a-funcao-jurisdicional-e-o-poder-judiciario-no-brasil>> Acesso no dia 06 de fevereiro de 2020.

SANTOS, Josiéli Denise Brum dos; MARINHO, Gisanne de Oliveira; FARIAS, Athena de Albuquerque; RODRIGUES, Larice de Sousa Rodrigues. Da Igualdade de acesso à Justiça: Reflexões acerca da Defensoria Pública enquanto facilitadora de acesso dos Hipossuficientes. Id on Line Rev.Mult. Psic., 2018, vol.12, n.40, p.271-282. ISSN: 1981-1179.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northflet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 19ª edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 131.

Acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário - Marcela de Almeida Pinheiro Braga. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-out-11/acesso_justica_nao_confunde_acesso_judiciario> Acesso em 03 de março de 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini etalli. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988

ARISTÓTELES. A Política. [Tradução: Torrieri Guimarães]. São Paulo, Martin Claret, 2002.

Sem direitos: 65% dos brasileiros não têm ao menos um garantido. Disponível em <<https://amazoniareal.com.br/os-brasileiros-sem-direitos/>>. Acesso no dia 08 de fevereiro de 2020.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: Acesso e Descesso. Disponível em <
http://www.fchristus.com.br/downloads/geral/profa_andrine_texto_1.pdf >
Acesso em: 12 abril de 2020.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Coleção Literatura Luso-Brasileira, São Paulo: DICOPEL
- Divulgadora Comercial Pedagógica Ltda, 1980.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense,
1980.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet.
Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido
Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo:
Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 4ª Ed. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio
Cruz. Manual do processo de conhecimento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REVISITANDO A CONCEPÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA OBRA DE
CAPPELLETTI E GARTH (Cintia Garabini Lages e Jamile B.Mata Diz) Revista Jurídica
FURB -2018

Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras - Bernardo Silva de
Seixas E Roberta Kelly Silva Souza (2013)

Evolução Dinâmica do Acesso à Justiça: o paradigma da eficiência e os procedimentos
eletrônicos (Leonardo de Carvalho Avila)

THEODORO JR., Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. Revista da Emerj, vol. 5,
nº 17, 2002, p. 24-52, p. 25

Princípio da litigiosidade mínima - Por Wilson Euclides Guazzi Massali - Editora Appris -
Curitiba/PR - 2015

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ASSIS, Araken de. Benefício da gratuidade, Revista Ajuris, Porto Alegre, ano XXV, Julho n. 73, p. 162-200, 1998

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

A autonomia dos sujeitos nas relações privadas: o sistema multiportas e suas consequências nos direitos indisponíveis no âmbito da mediação privada

Rafael Augusto Pinto Baía

Introdução

O direito de acesso à justiça, historicamente, foi confundido com a ideia de recorrer a um tribunal competente que deveria solucionar os conflitos com base no ordenamento jurídico do Estado.

Essa dinâmica, que sofre com a lentidão e a burocracia, foi se modificando e o Estado, que antes centralizava e chamava para si a responsabilidade de resolver os conflitos por meio do processo de judicialização, naturalmente foi delegando esses atributos para outros entes, situação denominada desjudicialização.

No âmbito internacional, o ordenamento jurídico das empresas transnacionais se destaca como uma forma exitosa de um direito especializado, com câmaras arbitrais e de mediação privada que produzem normas de forma autônoma para a solução de conflitos internos.

Isso é fundamentado no conceito que o indivíduo possui autonomia para escolher qual a melhor forma de solucionar o seu problema, sendo adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a Lei nº 13.140/15 foi criada dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de conflitos,

permitindo as partes substituir os tradicionais juízes generalistas para, caso as partes escolham, especialistas no tema, que devem julgar de forma imparcial, buscando o consenso, garantindo a confidencialidade sobre o princípio da boa-fé.

Além disso, a Lei de Mediação também inovou ao tratar sobre direitos indisponível, sendo agora expressamente permitido no seu art. 3º.

Contudo, a legislação observa dificuldade de conceituar o que seria direito disponível e indisponível, indagando questões sobre o que seria um direito disponível e como distingui-lo de um direito indisponível.

Por conta dessas questões o problema surge, pois todo o mecanismo e acordo do sistema multiportas realizada pela autonomia dos sujeitos poderia ser negado pelo tradicional juiz generalista, por motivos não explícitos, já que não há no ordenamento jurídico nacional dispositivos que afirmem e classifiquem quais são esses direitos ou a quais os limites que o acordo de vontades têm nessa situação.

Essa análise deve ser feita a partir de fontes bibliográficas, fundamentando teoricamente a pesquisa com as teorias de Gunther Teubner sobre o processo de globalização das empresas transnacionais.

Por fim, o objetivo geral é analisar a autonomia dos sujeitos nas relações privadas no processo de desjudicialização no sistema multiportas e os seus reflexos sociais e processuais no acesso à justiça, a partir do CPC/15 e da lei de mediação 13.140/2015.

Nos objetivos específicos devemos identificar como a autonomia dos sujeitos nas relações privadas se relaciona com o sistema multiportas, analisar os limites do acordo em direitos indisponíveis a partir da lei nº 13.140/15 e sua relação com o CPC/15 e verificar as consequências e os possíveis benefícios ou malefícios da autonomia dos sujeitos nos direitos indisponíveis.

Portanto, a metodologia adotada foi a bibliográfica, realizando pesquisas em artigos científicos, livros, revistas acadêmicas e pela legislação, em especial, a Lei nº 9.099/95 e a Lei nº 13.140/15.

1. Acesso à justiça: contexto histórico e a sua relação com a desjudicialização e o sistema multiportas.

A caminhada do indivíduo ao acesso à justiça, historicamente, foi centralizada no papel do Estado na resolução de conflitos por meio de tribunais desenvolvidos de forma hierárquica e burocrática.

Inicialmente, o conceito de acesso à justiça é de difícil definição, como entende Cappettelli e Bryant (2002), mas pode ser compreendido de duas formas. A primeira seria o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos. Também pode ser definido, em um segundo ponto de vista, como um sistema que proporciona resultados que sejam individuais e socialmente justos.

Nesse sentido, o acesso à justiça sofreu alterações ao longo dos anos em decorrência de inúmeras transformações sociais.

Nos Estados liberais “burgueses” do século XVIII e XIX a solução dos conflitos era essencialmente individual, um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

Nesse modelo, o Estado buscava preservar o direito individual não permitindo que fosse infringido por outro. Por conta disso, o uso pleno da justiça não era preocupação do Estado, pois o acesso à justiça só poderia ser obtido por aqueles que pudessem pagar, excluindo os pobres e aqueles que não tinham o conhecimento de como reivindicar os seus direitos por meio do poder judiciário.

Com as mudanças sociais trazidas pelas revoluções do século XIX e XX, o caráter individual do acesso à justiça foi alterado para um foco mais coletivo, sendo compreendido como um direito social básico nas modernas sociedades. Contudo, mesmo esse direito sendo considerado essencial, sua efetividade sofre com inúmeros problemas.

Nesse sentido, a ineficiência da prestação da tutela jurisdicional tem como grande obstáculo a lentidão do poder judiciário, com decisões que demoram anos para ocorrer, sendo realizada por juízes generalistas e não por especialistas no tema.

Além disso, muitas vezes essa decisão é insuficiente para as partes que, insatisfeitas, recorrem hierarquicamente para as instâncias superiores.

Na sociedade atual, impactada pelo processo de globalização e desgastada pela crescente demanda ao Poder Judiciário, o Estado, buscando formas alternativas para combater a ineficácia na prestação da tutela jurisdicional, foi paulatinamente deixando de ser a instância fundamental na resolução de conflitos, delegando essa função para outros entes especializados em diversas situações.

Por conta disso, o atual sistema jurídico, muitas vezes burocrático, lento, insuficiente e generalista encontra no processo de desjudicialização e no sistema multiportas alternativas para enfrentar esses problemas.

Sendo necessário compreender que o processo de desjudicialização significa a possibilidade de solucionar o conflito de interesses sem a prestação jurisdicional. Já o sistema multiportas entende que “as portas da justiça” seriam muitas, cabendo ao indivíduo escolher a mais adequada.

2. Autonomia dos sujeitos nas relações privadas e o seu relacionamento com o sistema multiportas.

O processo de desjudicialização e o sistema multiportas estão pautados na autonomia dos sujeitos, que permite que o indivíduo escolha qual a melhor forma ou a mais adequada entre as disponíveis para solucionar o seu conflito.

A autonomia dos sujeitos, como dispõe Weberbauer (2011), é um dos pilares do Direito contratual moderno e converge tanto o Direito nacional quanto o Direito internacional quando se trata das relações jurídicas entre particulares, pois expressa a livre manifestação de vontade das partes nos contratos.

Embora o processo desjudicialização e o sistema multiportas encontre obstáculos e críticas acerca da sua funcionalidade no Brasil, no âmbito nacional, o Código de Processo Civil de 2015 adotou esse sistema e

conferiu ao indivíduo a possibilidade de procurar outras “portas” para solucionar os seus conflitos, destacando-se a conciliação, mediação e arbitragem como alternativas.

No âmbito internacional, o ordenamento jurídico das empresas transnacionais se destaca como uma forma exitosa de um direito especializado, pautado na *Lex mercatoria*, que produz normas para a solução de conflitos internos também por meio da mediação, da conciliação e da arbitragem, dispensando o Poder Judiciário Estatal.

Destacar-se, ainda, que a privatização da solução de conflitos não deve ser interpretada de forma pejorativa como afirma Nascimento (2016), pois “privado” significa um espaço fora do “público” estatal, que não é gerido pelo Estado.

Portanto, a autonomia dos sujeitos nas relações privadas e o sistema multiportas se relacionam na medida em que os particulares, seja no âmbito nacional quanto internacional, possuem liberdade para escolher qual a melhor forma para solucionar os seus conflitos.

3. O ordenamento jurídico transnacional na solução de conflitos

Baseado na *Lex mercatória*, as empresas transnacionais desenvolveram um ordenamento jurídico próprio, afastado da ideia centralizadora de normas estatais para a solução de conflitos internos.

Nesse sentido, Teubner (2003) entende esses grupos como um exemplo exitoso de um direito mundial na sociedade globalizada.

Ocorre que a ideia de um ordenamento jurídico transnacional trazido na obra “Bukovina Global” do autor não tem semelhança com o conceito de sociedade global do filósofo Immanuel Kant, pois entendia que, por meio de uma Constituição republicana, os Estados nacionais individuais estariam outorgados, existindo assim uma paz mundial, na qual seria formado uma confederação política.

Contudo, na sociedade globalizada atual observamos um processo de fragmentação, em que o Estado-Nação centralizador de normas perde

espaço para núcleos fragmentados difusos produtores de normas, que criam suas leis de forma autônoma, sem precisar do Estado para isso.

Além disso, o sistema autônomo trazido por essas empresas transnacionais pode ser percebido em outras áreas como ciência, cultura, a técnica, o sistema de saúde.

Podemos, então, verificar a possibilidade de uma espécie de “constitucionalismo sem Estado”, na qual não é realizada exclusivamente pela política Estatal ou representantes da política internacional, mas sim por múltiplos sistemas autônomos da sociedade mundial.

Nesse sentido, podemos destacar como alguns exemplos exitosos dessa produção de normas o Direito Desportivo Internacional feito por entidades esportivas privadas no âmbito internacional, como a Federação Internacional de Futebol (FIFA), que produz desde regras e normas de condutas para as partidas de futebol até punições aos atletas.

Essa punição dos atletas é um ponto interessante, pois a decisão é tomada em um país e o seu efeito afeta o atleta em outro país, sem que nenhum desses Estados interfira na sentença.

Portanto, o processo de criação de um ordenamento jurídico transnacional na solução de conflitos perpassa a ideia de um controle Estatal para a construção de normas. Além disso, é perceptível na sociedade globalizada a presença de um “constitucionalismo sem Estado”, feito de forma fragmentada e autônoma por meio de empresas transnacionais.

4. O direito como sistema autopoiético

O ordenamento jurídico transnacional realizado por empresas transnacionais perpassa a ideia de Estado como figura central na produção de normas.

Essa autoprodução é própria do sistema autopoiético, pela qual um sistema se constrói a partir de seus próprios componentes.

O sistema autopoietico de Teubner (2003) é baseado na teoria biológica, na qual as células se autoduplicam através de um padrão de relações entre estruturas e processos em uma rede organizada.

No âmbito do Direito, o sistema em questão se apresenta como um processo de produção de normas dentro do próprio sistema, uma construção interna, assim como na biologia. Dentro desse sistema, ocorre o processo de seleção e variação que formarão as normas jurídicas internas.

5. Os limites do acordo em direitos indisponíveis a partir da lei n° 13.140/15 e sua relação com o CPC/15.

A Lei n° 13.140/15, também chamada de “Lei de Mediação”, inovou ao tratar sobre a mediação de direitos indisponíveis, admitindo a transação expressamente pelo art. 3°.

Para diferenciar um direito disponível de um indisponível, em sentido amplo, a doutrina indica que o primeiro é sempre transacionável, sendo possível realizar a mediação extrajudicial por exemplo, diferentemente do segundo, que pode ou não admitir transação.

Nos casos que envolvam direitos indisponíveis que admitem transação, o acordo pode ser feito tanto na via judicial quanto na extrajudicial, devendo haver homologação pelo Magistrado com oitiva do Ministério Público.

Contudo, um problema surge ao tratar dos direitos indisponíveis não transacionáveis, pois pode haver uma proibição do acordo por uma norma expressa ou por violar um direito fundamental.

A título de exemplo, um direito indisponível que não admite transação seria o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (art. 1609, CC) ou a autorização à disposição apenas gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins terapêuticos e de transplante (arts. 1° e 9° da Lei n° 9.434/97).

Essas duas situações são de fácil entendimento sobre a sua proibição, pois existe uma norma expressa que afirma isso. Contudo, tanto a

legislação no art 3º da Lei nº 13.140/15 quanto a doutrina não são claros ao definir a diferença entre os direitos indisponíveis que admitem transação ou não.

Inicialmente, o projeto de lei que deu origem a Lei de Mediação delimitava o que seria um direito indisponível, indicando todas as situações. Contudo, o texto foi sofrendo modificações e essa diretriz se perdeu ao longo de inúmeras discussões, pois não se entendeu razoável a existência de um rol taxativo sobre os direitos indisponíveis. Contudo, não houve qualquer tentativa do legislador na criação dessa lei em esclarecer essa dúvida.

Já a doutrina tenta classificar os direitos indisponíveis em diversas teses, destacando-se duas, o que causa inúmeros conflitos no entendimento sobre o conceito dos direitos indisponíveis e os seus limites.

A primeira tese alega que somente em situações conexas aos direitos indisponíveis, como nos casos decorrentes de cumprimentos de obrigações e as vantagens econômicas, que podem ser transacionadas.

Embora esse critério objetivo seja atrativo, há dificuldade em estabelecer o limite preciso entre o conteúdo dos direitos que estão sendo transacionados e suas obrigações relacionadas.

Já a segunda tese afirma que a indisponibilidade pode ser de caráter absoluto ou relativo, dependendo do grau de controle do Estado necessária para a efetiva tutela dos direitos.

Nesse sentido, a possibilidade de transação não é suficiente para descaracterizar o caráter indisponível do direito. A indisponibilidade, ainda que de forma relativa, existe pois o titular do direito não exerce livremente o poder de dispor, devendo se sujeitar aos requisitos impostos pelo Estado.

A segunda tese ainda afirma que os direitos indisponíveis que admitem transação pertencem ao grupo dos direitos relativamente indisponíveis, que podem sofrer transação caso cumpra os critérios definidos pelo controle Estatal.

Há, portanto, certos direitos que não existem margens para a disposição, pois o Estado não permite isso, os chamados direitos absolutamente indisponíveis.

Ocorre que toda essa a discursão e dúvida que a legislação e a doutrina têm sobre o conceito e os limites dos direitos indisponíveis podem afetar os acordos feitos envolvendo esses direitos, já que essa problemática pode fazer com que o magistrado encontre dificuldades em homologar essas transações.

Pode, inclusive, ter em um mesmo acordo, um juiz que poderia aceitar e o outro que poderia negar, sem que existam critérios bem definidos sobre essa decisão, só existindo dúvidas sobre qual entendimento aplicar, gerando uma insegurança jurídica.

Por fim, outro grande problema pode ser mais grave, caso um magistrado homologue um acordo que envolva um direito absolutamente indisponível, que não poderia sofrer uma transação, mas, por conta dessa dúvida, foi acordado entre as partes e homologado pelo juiz.

6. Verificar as consequências e os possíveis benefícios ou malefícios da autonomia dos sujeitos nos direitos indisponíveis.

O acesso à justiça encontra no sistema multiportas alternativas para a solução de conflitos fora do âmbito Estatal. Esse conceito tem fundamento na autonomia dos sujeitos, que entende que os indivíduos podem escolher a melhor forma de resolver os seus problemas.

Com o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/15, os meios de autocomposição e heterocomposição ganharam maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, com mais celeridade na resolução dos litígios.

Nesse contexto, é possível verificar as consequências e os possíveis benefícios ou malefícios da autonomia dos sujeitos, principalmente, quando se trata de transação de direitos indisponíveis.

Inicialmente, o benefício patente da transação, seja ele de direitos indisponíveis que admitem transação ou disponíveis, é a satisfação das partes ao verem o seu litígio solucionado de forma mais célere do que no rito ordinário da justiça, quando há igualdade entre as partes.

No âmbito na autocomposição, é necessário analisar que não se trata uma imposição, na qual uma das partes se sente perdedora. Na realidade, ocorre a satisfação das partes, pois, tanto na mediação quanto na conciliação, há concessões recíprocas entre os indivíduos e não uma renúncia total dos seus direitos.

Já na esfera da heterocomposição, o juiz arbitral se destaca por serem altamente capacitados e especializados no tema e trazem um certo grau de informalidade na sentença, com decisões mais céleres do que na jurisdição Estatal e com poucos recursos.

Entretanto, mesmo sendo mais céleres, trazem custos às partes, fazendo com que as partes muitas vezes não levem os seus litígios a esses árbitros, por conta dos honorários arbitrais.

Contudo, mesmo com benefícios, parte da doutrina alerta sobre os malefícios da autonomia dos sujeitos na solução dos litígios, inclusive quando se trata de direitos indisponíveis, principalmente quando as partes não são iguais.

Ocorre que alguns grupos da sociedade, por possuírem mais recursos financeiros do que outros, desestabilizam a igualdade no litígio. Nesse sentido, alguns indivíduos podem demandar grandes recursos financeiros, suportando o tempo que o litígio possa demorar a ser solucionado.

Além disso, possuem aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou uma defesa. Esse ponto envolve a educação e o status social de cada indivíduo, barreiras que países com baixos índices de educação sentem dificuldades em superar.

Nesse sentido, por faltar conhecimento básico, uma parte da população não consegue entender que o seu direito foi ferido ou, muitas vezes, não se sentem seguros em procurar uma assistência jurídica para

solucionar os seus litígios. Muitas vezes essa população não consegue compreender os próprios acordos firmados.

Ainda é possível detectar que uma parte da sociedade que possui muitos recursos financeiros, seja ele um indivíduo ou grupos econômicos, tornam-se verdadeiros litigantes habituais.

Esses indivíduos possuem vantagens sobre os litigantes eventuais, pois possuem maior experiência com o que o direito possibilita, com facilidade em diluir os seus riscos de perder um litígio porque possuem vários, além de poderem testar diferentes estratégias em vários casos.

Assim, certos grupos da sociedade conseguem, através dos seus recursos financeiros, desestabilizarem a igualdade nos litígios. Esses grupos, tornam-se litigantes habituais e podem desenvolver estratégias que podem prejudicar a transação entre as partes, principalmente avaliando que existe uma problemática acerca do conceito e dos limites dos direitos indisponíveis, pois pode haver uma transação envolvendo direitos absolutamente indisponíveis que, por causa da dúvida doutrinária existente, pode ser homologado pelo magistrado, causando graves consequências às partes.

Conclusões

O acesso à justiça é um conceito de difícil definição e que sofreu várias alterações ao longo da história. A doutrina, entretanto, discorda do tradicional entendimento que esse conceito se confunde com a ideia do indivíduo recorrer aos órgãos do poder judiciário para solucionar os seus litígios.

Por conta das inúmeras demandas, falta de estrutura e lentidão, o acesso à justiça que antes era feita somente pelo poder do Estado, foi paulatinamente delegando essa função a outros entes no processo de desjudicialização e com o sistema multiportas, que foi adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 e que entende que o indivíduo pode escolher a melhor forma de solucionar os seus problemas, seja pela autocomposição ou heterocomposição.

Nesse sentido, é possível analisar como a autonomia dos sujeitos nas relações privada ocorre no processo de desjudicialização e no sistema multiportas, sendo possível detectar os seus reflexos sociais e processuais no acesso à justiça.

Além disso, a autonomia dos sujeitos nas relações privadas pode ocorrer tanto na espera individual no âmbito nacional com autocomposição ou heterocomposição, que ganhou destaque a partir do CPC/15 e da Lei nº 13.140/15, ou na esfera internacional, com empresas transnacionais que pode criar suas próprias normas para soluções de conflitos internos por meio de câmaras arbitrais e mediação privada, sem precisar do poder do Estado para isso.

Contudo, um problema surge ao analisar o art. 3º da Lei de Mediação, que trouxe a possibilidade de transacionar os chamados direitos indisponíveis que admitem transação.

Entretanto, a legislação não foi clara em definir o que seria esse direito e como distinguir de um direito indisponível que não admite transação ou de um direito disponível. Além disso, também é de difícil compreensão os limites de acordos envolvendo esses direitos.

Já a doutrina se divide quanto a criação de teorias para distinguir esses direitos. Destaca-se duas teses quanto a isso, a primeira alega que somente em situações conexas aos direitos indisponíveis, como nos casos decorrentes de cumprimentos de obrigações e as vantagens econômicas, que podem ser transacionadas.

Já a segunda tese afirma que a indisponibilidade pode ser de caráter absoluto ou relativo, dependendo do grau de controle do Estado necessária para a efetiva tutela dos direitos.

A segunda tese ainda afirma que os direitos indisponíveis que admitem transação pertencem ao grupo dos direitos relativamente indisponíveis, que podem sofrer transação caso cumpra os critérios definidos pelo controle Estatal. Existindo ainda, certos direitos que não existem margens para a disposição, pois o Estado não permite isso, os chamados direitos absolutamente indisponíveis.

É patente como essa dúvida trazida pela legislação e pela doutrina afeta os acordos que envolvem os direitos indisponíveis, pois o juiz pode encontrar problemas ao homologar essa transação, podendo negar um acordo firmado entre as partes ou homologar um acordo que não poderia ser feito.

Por fim, é possível verificar as consequências e os possíveis benefícios ou malefícios da autonomia dos sujeitos nos direitos indisponíveis.

Como ponto positivo há soluções de litígios mais céleres, feito por especialistas no tema, que trazem mais satisfação para as partes, pois não se trata de uma imposição, mas sim de um acordo de vontades.

Contudo, há certos grupos da sociedade que conseguem, através dos seus recursos financeiros, desestabilizarem a igualdade nos litígios, tornando-se verdadeiros litigantes habituais, com maior possibilidade de enfrentar a lentidão e o desgaste econômico dos litígios, com maior entendimento sobre os seus direitos e com maiores estratégias sobre os casos.

Portanto, embora a o CPC/15 e a Lei nº 13.140/15 permitam que o indivíduo escolha a melhor forma de solucionar os seus litígios, dando mais celeridade as causas, é necessário compreender que a diferença entre as partes pode comprometer toda a transação realizada.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COSTA, Nilton César Antunes da; SANTOS, Rebeca Barbosa dos. A TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS NA MEDIAÇÃO. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS, v. v.5, ed. n.1, jan/jun 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/534>. Acesso em: 16 mar. 2020.

FARIA, Geralda Magella de. **O Direito como sistema autopoietico na evolução jurídica da matriz teórica de Gunther Teubner**. Amicus Curiae V.7, N.7 (2010).

- FERREIRA, Vaz Ferreira ; FORNASIER, Mateus de Oliveira. . **Autorregulação e Direito Global: Os Novos Fenômenos Jurídicos Não-Estatais..** NOMOS (FORTALEZA), v. 35, p. 295-312, 2015.
- FERREIRA, Vaz Ferreira ; FORNASIER, Mateus de Oliveira. . **A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais.** Revista de Direito Internacional, v. 12, p. 396-414, 2015.
- MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a Lei 13.140/2015. Publicado em: 2015. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/1198/718>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.
- MENDONÇA, José Júnior Florentino dos Santos. **ACESSO EQUITATIVO AO DIREITO E À JUSTIÇA: a revelação jurisprudencial de um direito fundamental.** 2013. 473 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013.
- NASCIMENTO, R. M. F.. **OS CAMINHOS DA JUSTIÇA E SUAS ?PORTAS?: AUTONOMIA DO SUJEITO E.** In: Ana Luisa Celino Coutinho; Gianella Bardazano Gradin. (Org.). V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDEO - URUGUAI. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. , p. 47-66.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Limites e Possibilidades do Acordo em direitos indisponíveis.** In: Elaine Harzheim Macedo; Marina Damasceno. (Org.). Sistema Multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos. 1ed. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018, v. 1, p. 137-152
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan . Judicialização e desjudicialização - Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa** , v. 199, p. 25-33, 2013.
- TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p.9-31, jan. 2003.
- WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional.** 2011. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Parte III

Estado de direito e protagonismo judicial

A EC nº 95/2016 e a juridicização da exceção

*Ana Carolina Cardoso Lôbo Ribeiro*¹

Introdução

Nos últimos anos, o Brasil tem experimentado diversas rupturas e crises, destacadamente as relacionadas à ordem política e econômica. Em um cenário de profundo mal-estar da democracia, enquanto a desigualdade social recrudesce, o país se mostra incapaz de resolver problemas distributivos e prestacionais.

Sob a justificativa de instituir rumos à crise econômico-financeira dita a mais profunda e prolongada da atualidade, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, que concebeu o Novo Regime Fiscal, com o congelamento de receitas primárias da União por vinte anos.

Em virtude da seletividade das medidas de austeridade fiscal, percebe-se que a EC nº 95/2016 é uma tentativa de constitucionalizar um estado de exceção ao Estado Social construído pela Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o artigo buscará (i) investigar o conteúdo da EC nº 95/2016 como exemplo de aplicação do discurso da austeridade e sua atuação para legitimar medidas neoliberais; (ii) explorar como a juridicização da exceção, por meio da emenda constitucional citada, pode ser instrumento para corroer, sub-repticiamente, o pacto social vigente;

¹ Mestranda em Estado e Regulação – UFPE. Procuradora do Município do Recife.

(iii) apurar indícios sobre possível postura do STF nas ações de inconstitucionalidade propostas contra a EC nº 95/2016.

1. O novo regime fiscal e a EC nº 95/2016.

A EC nº 95/2016 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incluindo os arts. 106 a 114, para instituir o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, com prazo de vigência de 20 (vinte) exercícios financeiros.

Trata-se do resultado da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016², elaborada pelo Poder Executivo, sob a justificativa da necessidade de “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal”³, por meio da fixação de limites individualizados para a despesa primária total, com base no montante de despesa do ano anterior, corrigida pelo IPCA.

Segundo a justificativa constante da PEC nº 241/2016, a causa principal da dívida pública brasileira seria o crescimento desmedido da despesa pública primária, em comparação com a receita pública apurada. A criação de um teto único para as despesas seria capaz de conferir previsibilidade à política macroeconômica, aumentar a confiança e diminuir o risco-país.

De acordo com o relatório da PEC nº 241/2016, elaborado pelo deputado Darcísio Perondi na Câmara dos Deputados, o teto de gastos seria sistemática bem-sucedida em países como Holanda, onde supostamente o mecanismo teria promovido a minimização da relação dívida/PIB, com corte de despesas e redução do desemprego.

De início, chama atenção a opção específica pelas despesas primárias – com certas exceções ⁴ -, desconsiderando as despesas financeiras,

² Ela tramitou no Senado como PEC 55/2016.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>> Acesso em: 12 fev. 2020.

⁴ São excepcionados os créditos extraordinários, as despesas de capital de empresas estatais não dependentes, as transferências obrigatórias e as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral.

destinadas ao pagamento de juros e amortização de dívidas. Não foram abrangidas pelo teto também as renúncias fiscais, cujo aumento ocorreu inclusive durante o momento de crise, sob o fundamento de estimular a economia.

Nesse cenário, identifica-se que houve uma escolha política de priorizar o corte das despesas para financiamento do Estado Social, em detrimento de despesas destinadas ao pagamento da dívida e à concessão de benefícios a empresas sem a verificação do efetivo retorno social das renúncias fiscais.

De fato, as despesas primárias são aquelas que viabilizam o programa inscrito na Lei Orçamentária Anual, a disponibilização de serviços públicos, abrangidas as despesas com pessoal, encargos sociais, transferências para outros entes públicos e investimentos, sem considerar as despesas destinadas ao pagamento de juros da dívida pública.

A comparação com o teto de gastos adotado em outros países, que constou da fundamentação da PEC, não ressalva o insucesso e a instabilidade desses sistemas, nem mesmo as diferenças entre eles – como inclusão dos juros da dívida pública no teto, tempo de duração mais razoável e possibilidade de alteração na hipótese de melhoria na realidade econômica, como se extrai de levantamento do Fundo Monetário Internacional (FMI)⁵.

No caso brasileiro, o modelo adotado é bastante engessado: mesmo na hipótese de melhoria da economia, com aumento das receitas públicas, mantêm-se a correção do IPCA às despesas do exercício imediatamente anterior.

O art. 108 do ADCT preconiza que, apenas a partir do 10º exercício de vigência do teto de gastos, o Presidente da República poderá propor projeto de lei para correção dos limites, o que demonstra a dificuldade de alteração da sistemática adotada e o caráter experimental em que foi

⁵ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Fiscal Rules at a Glance*. Disponível em: <https://www.imf.org › external › datamapper › fiscalrules › map › map>. Acesso em: 20 fev 2020.

lançada, haja vista não ser pautada efetivamente em experiências anteriores.

Nesse cenário, na hipótese de retomada de crescimento futura do país, com recuperação do equilíbrio fiscal, não há a perspectiva de incorporar o aumento do PIB e os ganhos de arrecadação às políticas sociais.

Em contrapartida, o próprio desenvolvimento econômico está comprometido pelo congelamento de investimentos em infraestrutura, o que representa um círculo vicioso grave. Como afirma Kiyoshi Harada:

Não há como sustentar o desenvolvimento econômico, exigido pela expansão populacional, sem investimentos em áreas de infraestrutura. Outrossim, congelar despesa primária total por 20 anos, sem que tenha condições de prever as inúmeras variações conjunturais, dentro e fora do país, nesse interregno, e sem considerar a crescente demanda pelos serviços públicos básicos, decorrente do crescimento da população e do grau de politização e conscientização da sociedade em geral, é uma medida que atenta contra o princípio da razoabilidade.⁶

Quando se fala que a despesa pública é a grande vilã do orçamento, aduz-se que, no período de 2008-2015, a despesa teria crescido 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%.

Não se desconhecem os imperativos da responsabilidade fiscal e da eficiência nas despesas públicas. Todavia, o enfoque demasiado nos gastos sociais é escolha que ignora elementos da dívida pública brasileira e a iniquidade do sistema tributário nacional.

Com efeito, cerca de 40% do orçamento público federal é empregado em juros e amortização da dívida pública. Por outro lado, os gastos com saúde e educação ficam em torno de 3,5% e 4,5% do orçamento, o que representa um exemplo robusto de que os gastos sociais não são os maiores responsáveis pela situação econômica.

⁶ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 26 ed.rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017, não paginado.

Nos documentos de prestação de contas da União de 2017⁷, houve uma redução do total de despesas empenhadas em relação a 2016 e o teto de gastos foi cumprido em 2017. A redução no âmbito da saúde e educação atingiram 17% e 19%. Não obstante, a dívida pública do período cresceu 4 (quatro) pontos percentuais em relação ao PIB de 2016, em virtude das altas taxas de juros.

Em 2018⁸, ainda segundo os relatórios do TCU, a dívida cresceu mais 2 (dois) pontos percentuais, apesar da queda da taxa de juros. Entretanto, as projeções para o PIB continuaram ruins.

Em outra ponta, segundo o IBGE⁹, entre os anos de 2016 e 2017, houve um aumento da pobreza extrema do Brasil, 6,6% para 7,4%. Também se verificou a redução do consumo das famílias, impactando diretamente a economia por meio da redução da demanda.

Nesse período, contudo, o número de bilionários no País cresceu em 13% entre 2016 e 2017, enquanto a fatia da renda da metade mais pobre reduziu nesse mesmo período.

Diante desses dados, pode-se cogitar de que o aumento da riqueza dos milionários tem relação com a não afetação dos gastos financeiros pelo teto de gastos. Por outro lado, os mais pobres, que dependem dos gastos sociais, foram mais afetados.

Em paralelo a esse estado de coisas, a perspectiva da desigualdade da tributação no Brasil não merece tanta atenção. Há uma clara opção pela tributação de bens e serviços, em detrimento da renda, do capital e da propriedade. Como destaca Sérgio Wulff Gobetti¹⁰, essa realidade possibilita uma grande distorção:

⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de conjuntura econômica.2017*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-do-presidente-da-republica-parecer-previo-e-sintese-do-relatorio.htm>. Acesso em: 20/02/2020.

⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de conjuntura econômica.2018*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas-do-governo/conjuntura-economica-divida.html>. Acesso em: 20 de fev. 2020.

⁹ IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>. Acesso em: 20 de fev 2020.

(...) os muito ricos, que vivem de renda do capital e têm maior acesso às técnicas de planejamento tributário (e sucessório), sejam tributadas, em média, bem abaixo dos padrões internacionais vigentes nas economias desenvolvidas, que varia entre 40% a 60%.

A receita pública poderia ser incrementada e, ainda, combater-se-ia a concentração de renda no topo da pirâmide social com uma tributação mais efetiva em ITCMD, uma revisão da isenção de Imposto de Renda pessoa física sobre dividendos e a atenção ao IPTU, que tem potencial arrecadatório negligenciado.

Com essas breves observações, vê-se que existe uma evidente paradoxo no tratamento despesas versus receitas no ordenamento jurídico brasileiro e no discurso político.

2. O discurso da austeridade como medida de combate a crises

Nesse cenário, pode-se inferir que a EC nº 95/2016 é uma escolha política pelo discurso de que os gastos sociais são os responsáveis pelo déficit público, em detrimento da atenção a aspectos como a justa tributação e o controle da dívida pública.

A racionalidade da austeridade fiscal preconiza a necessidade de equilíbrio das contas públicas, por meio de corte de gastos e da reconfiguração do orçamento público, para insuflar os mercado a investir no país e garantir o desenvolvimento econômico.

O termo austeridade é utilizado pela ciência econômica para designar rigor, disciplina e prudência na efetivação das políticas de Estado, supostamente a única saída viável para superar crises econômico-financeiras. A definição de austeridade foi buscada por Mark Blyth, em celebrada obra sobre o assunto:

¹⁰ GOBETTI, Sérgio Wulff. *Tributação do capital no Brasil e no mundo*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33106. Acesso em: 09 jun. 2019.

(...) forma de deflação voluntária em que a economia se ajusta através da redução de salários, preços e despesa pública para reestabelecer a competitividade, que supostamente se consegue melhor cortando do orçamento do Estado as dívidas e os déficits públicos.¹¹

A história demonstra que a austeridade fiscal tem sido fundamentada em um conjunto específico de concepções e ideais: o corte de gastos públicos faria expandir o investimento privado por aumentar a confiança dos empresários e melhorar a avaliação de risco dos países.

Na realidade, um estudo do Fundo Monetário Internacional¹² já colocou em xeque a prática neoliberal, que defende a abertura financeira e busca superávits primários via austeridade fiscal. De acordo com o artigo, quando há espaço fiscal, as economias podem conviver melhor com a dívida pública - “governments with ampla fiscal space will do better by living with the debt”.

Nessa toada, é imprescindível uma avaliação honesta e global do espaço fiscal brasileiro e das reformas necessárias, para se considerar a adoção de medidas tão drásticas de austeridade, cujo alvo principal são os gastos sociais, dos quais se beneficiam os mais vulneráveis.

Como defende Ricardo Lordi Ribeiro¹³, o Brasil abraça uma austeridade seletiva, porque as escolhas políticas, ditadas pela ideologia neoliberal, são usualmente adotadas contra a população mais pobre, atingindo justamente os mecanismos de distribuição de renda.

Quando os serviços públicos são cortados por causa do discurso dos gastos perdulários, que embala a adoção da política de austeridade seletiva, não serão as pessoas no topo da distribuição de renda que deverão apertar os cintos, mas sim aqueles que se encontram na parte inferior, quase sempre recebedores de salários sem aumento real há muito tempo. Estes são os cidadãos, que

¹¹ BLYTH, Mark. Austeridade. *A história de uma ideia perigosa*. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária: 2017, p.22

¹² FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Neoliberalism: Oversold?*. Revista Finance & Development, junho/2016, Vol. 53, No.2, Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>. Acesso em: 12 mar 2020.

¹³ RIBEIRO, Ricardo Lordi. Austeridade seletiva e desigualdade. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v.7, n.8, janeiro/junho, 2019, p. 158-172.

dependem de serviços públicos e que vêm tomando uma enorme quantidade de dívida. É por isso que a austeridade é antes de tudo um problema econômico de contabilidade.

(...)

A austeridade é, portanto, uma noção perigosa porque ignora as externalidades negativas que gera, o impacto das escolhas de uma pessoa sobre as escolhas de outra pessoa, especialmente para as sociedades com distribuição de renda altamente desigual.¹⁴

É problemática, portanto, a adoção do discurso padronizado da confiança – a “fada da confiança” – e a comparação com o orçamento doméstico, nas metáforas usualmente utilizadas, para justificar unicamente medidas de ajustes fiscal pelo lado da despesa.

Como bem demonstram Pedro Rossi e Esther Dweck¹⁵, essas ideias são questionáveis. Diferentemente dos orçamentos familiares, o Estado pode definir sua receita, por meio da instituição de impostos; pode emitir títulos em sua própria moeda e definir a taxa de juros das suas dívidas. Ademais, os gastos estatais podem incentivar o crescimento econômico e, por conseguinte, aumentar a arrecadação tributária.

Por outro lado, o discurso da confiança torna, de certo modo, o Estado refém de iniciativas do mercado, cuja atuação é pautada pela busca de lucro, nem sempre repassados aos demais cidadãos. A *trickle-down economics* (ou teoria do gotejamento) não teve sua eficácia comprovada até o momento no Brasil.

A esses argumentos une-se a retórica reacionária de crítica às ações de transferência de renda estão fadadas ao fracasso e que o aumento do bem-estar social estaria vinculado à atuação do mercado. Albert O. Hirschman denomina essa tendência de “tese da futilidade”, na medida em que seus defensores afirmam que a atuação estatal tornaria as pessoas “preguiçosas e depravadas”¹⁶.

¹⁴ Idem.p.160.

¹⁵ ROSSI, Pedro. DWECK, Esther. O discurso econômico da austeridade e os interesses velados. In: GALLEGOS, Esther Solano. *O ódio como política. A reinvenção das Direitas no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2018, p. 79-84.

¹⁶ HIRSCHMAN, Albert O. Hirschman. *A retórica da intransigência. Perversidade, futilidade e ameaça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 70.

Essa tendência de beneficiar e socorrer prioritariamente as empresas, contudo, tem demonstrado pouca eficácia no crescimento econômico compartilhado. De acordo com Laura Carvalho¹⁷, termina-se por produzir um “bem-estar empresarial”, ao substituir a proteção social e serviços públicos universais pelas renúncias fiscais e subsídios para as empresas. Nesse sentido, a autora complementa:

O que a experiência brasileira vem mostrando, no entanto, é que abrir mão da realização de investimentos públicos diretos para oferecer desonerações fiscais, subsídios e outros incentivos a grandes empresas pode sair muito caro para as contas públicas e a economia em geral.

Ainda assim, em meio à crise profunda e à falta total de motores de crescimento econômico, o caminho escolhido tem sido o de desmontar de vez o nosso já frágil Estado de bem-estar social e eliminar permanentemente a possibilidade de atuação do Estado como investidor em infraestrutura.¹⁸

Dessa forma, a ideologia dominante despreza a aplicação direta de investimento social, embora estudos como o divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)¹⁹, no sentido de que a cada R\$ 1 investido pelo governo em despesas sociais gera-se R\$ 1,37 em riquezas para a economia. O efeito sobre a renda mostrou-se ainda maior, pois um incremento de 1% do PIB em políticas sociais representaria aproximadamente 2 % de alta no rendimento das famílias.

Nesse cenário, o gasto público pode ter um efeito multiplicador: quanto mais investimentos em políticas públicas, a economia tem o potencial de se aquecer. Cabe ao Estado, por exemplo, desenvolver políticas fiscais anticíclicas, para fomentar a indústria nacional, implementar programas sociais e aumentar salários, em sentido oposto ao da austeridade.

¹⁷ CARVALHO, Laura. *Valsa Brasileira. Do boom ao caos econômico*. São Paulo: Todavia, 2018, p.156.

¹⁸ Idem, p.157.

¹⁹ IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=5&limitstart=2300&limit=10>. Acesso em: 20 mai 2019.

Ressoa destacar a opinião de Para Paul Krugman²⁰, Prêmio Nobel de Economia, sobre a crise brasileira. Para o economista, a aplicação da teoria da austeridade expansiva, ou seja, a imposição de fortes cortes de gastos no cenário desaceleração econômica no governo de Dilma Rousseff, e a adoção de uma política monetária contrativa, com altas taxas de juros, foi um dos responsáveis pela crise no Brasil.

André Lara Resende reconhece que o equilíbrio fiscal e o controle da inflação sempre foram as prioridades dos tecnocratas liberais brasileiros²¹. Contudo, como reconheceu o autor em artigo no jornal Valor Econômico de 13/05/2019²², a “obsessão pelo equilíbrio fiscal no curto prazo é uma auto-imposição tecnocrata suicida”, uma espécie de “dogmatismo fiscal”, capaz de ameaçar a democracia liberal. E conclui:

(...) a busca do equilíbrio fiscal no curto prazo, quando há desemprego e capacidade ociosa, não apenas agrava o quadro recessivo, como termina por aumentar o peso da dívida em relação ao PIB.

Analisando a adoção de medidas de austeridade na Espanha, Joseph E. Stiglitz alerta que o equilíbrio fiscal é importante, mas a curto prazo deve-se dar atenção ao lado da demanda²³. Isso significa que reduzir as rendas e os auxílios sociais pode exacerbar a falta de demanda agregada, causando ainda mais estagnação da economia.

Na lição do economista, aplicável ao Brasil em suas linhas mestras:

Os líderes europeus reconheceram que seus problemas não serão resolvidos sem crescimento. Porém, não souberam explicar como se pode obter crescimento com austeridade. Também afirmam que é preciso recuperar a confiança. A austeridade não ocasionará nem crescimento, nem confiança. (...)

²⁰ KRUGMAN, Paul. *Que diabos aconteceu com o Brasil?* Folha de São Paulo, São Paulo, 14 nov.2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/paulkrugman/2018/11/que-diabos-aconteceu-com-o-brasil.shtml?origin=folha>>.

²¹ RESENDE, André Lara. *Juros, moeda e ortodoxia*. São Paulo: Penguin, 2017, não paginado.

²² RESENDE, André Lara. Liberalismo e dogmatismo. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/liberalismo-e-dogmatismo.ghtml>. Acesso em: 20 mar 2020.

²³ STIGLITZ, Joseph E. *O grande abismo. Sociedades desiguais e o que fazer sobre isso*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p.335.

Como a austeridade destruiu o crescimento, levou consigo também a confiança e as coisas seguirão esse caminho, não importando quantos discursos se façam sobre a importância da confiança e do crescimento.²⁴

Com essas considerações, conclui-se que a austeridade fiscal merece ser posta em perspectiva, principalmente quando compulsados os objetivos e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

3. A juridicização da exceção como instrumento de corrosão do estado social

A Constituição Federal de 1988 resultou do mais amplo e democrático pacto da história entre múltiplos atores políticos e institucionais, com o amplo comprometimento de assegurar proteção social. Dentre os vários direitos fundamentais, consagrou uma gama de direitos sociais, assegurando educação, saúde, previdência.

De acordo com Oscar Vilhena e Ana Laura Pereira Barbosa:

(...) surgiu uma Constituição com ímpeto transformador, que incluía uma generosa carta de direitos, voltada a enfrentar tanto o passado imediato do autoritarismo quanto um legado mais profundo de desigualdade, pobreza e subdesenvolvimento. A desconfiança no legislador, assim como no Executivo, levou a ampla inserção de políticas públicas no texto constitucional visando a ampliar o acesso a educação, a saúde e a assistência social, além de assegurar atenção especial a grupos vulneráveis.²⁵

Destarte, o pacto social brasileiro preconiza que a ação política atuará de forma positiva no sentido de fornecer direitos sociais, denominados de segunda geração, na célebre obra de Norberto Bobbio.²⁶

Os direitos sociais são usualmente conhecidos por demandarem um fazer, que representa um custo específico aos cofres públicos. Essa

²⁴ Idem., p.334.

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. *Revista Novos Estudos. Cebrap*. São Paulo, v.37, n° 03, p.376.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

característica torna essas prerrogativas objeto de grandes debates, na medida em que certos grupos se opõem à utilização do “dinheiro do pagador de impostos” para conferir benefícios taxados de populistas.

Como bem analisou Stephen Holmes e Cass Sunstein, todos os direitos têm custos²⁷ – inclusive os direitos civis e políticos, ditos usualmente de abstenção estatal. É simplista, portanto, a demonização dos direitos sociais como muito caros, exorbitantes, paternalistas.

O projeto de sociedade estampado na Constituição Federal de 1988 sustenta a defesa de um Estado Social. É evidente que, nessa senda, não se pode olvidar das regras de responsabilidade fiscal previstas no próprio texto constitucional. Entretanto, é igualmente honesto analisar globalmente a ordem jurídica e revisar quais são os efetivos drenos de dinheiro público.

A realidade demonstra que a edição da EC nº 95/2016 não abrangeu o questionamento sobre a dívida pública brasileira e a deficiência do sistema brasileiro em atingir a Justiça Fiscal, ou seja, de tributar progressivamente as rendas e patrimônios mais altos.

Para Luiz Carlos Bresser-Pereira, a modificação do texto constitucional compõe uma corrente de pensamento destinada a enfraquecer o Estado Social. Em uma passagem muito relevante, aduz o economista que:

O objetivo dessa emenda não é o ajuste fiscal, que é necessário, mas a redução do tamanho do Estado, que nada tem de necessária. Ao contrário do que afirmam os economistas liberais, a carga tributária brasileira não tem crescido e não há uma crise fiscal estrutural: apenas uma crise fiscal conjuntural. Desde 2006 a carga tributária gira em torno de 33% do PIB. Seu grande crescimento ocorreu no governo Fernando Henrique Cardoso: ela cresceu de 26,1% em 1996 para 32,2% em 2002.

(...)

Um capítulo impressionante dessa luta de classes de cima para baixo está hoje sendo travado no Brasil através da PEC 241, que visa a desmontagem do

²⁷ HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W.Norton & Company, 2000.

Estado Social brasileiro – ou seja, reduzir em termos per capita seus gastos com educação e saúde. Com o aumento da população e do PIB os recursos para esses dois fins necessariamente se reduzirão em termos percentuais do PIB e em termos *per capita*.²⁸

Ricardo Lordi Ribeiro interpreta de forma semelhante a iniciativa do teto de gastos, pelo prazo de 20 (vinte) anos. Nesse sentido, pontua:

O que a proposta faz é, a partir do pretexto da austeridade oferecido pela crise fiscal, promover uma aceleração do processo de transferência de renda do conjunto da sociedade brasileira para o setor financeiro, que passaria a ser o destinatário, quase que exclusivo, de todas as receitas decorrentes do aumento de arrecadação, seja ele advindo da elevação da carga tributária ou da melhoria das condições macroeconômicas nacionais.²⁹

Como defende Heleno Taveira Torres, o direito financeiro deve cumprir um compromisso com as gerações futuras, não apenas de manutenção do equilíbrio de contas, mas também na implementação dos valores e fins contidos na Constituição. A propósito, destacamos o seguinte trecho:

A Constituição Financeira deve projetar a isonomia intergeracional, mediante permanente controle das finanças dos períodos futuros, na manutenção da capacidade de obtenção das receitas e equilíbrio das despesas para que não se transfiram compromissos financeiros gravosos ou excessivos para futuros governos e gerações (...). Nessa formulação, o direito financeiro converge seus princípios e regras para igualmente realizar a Constituição dirigente, com seu conjunto de múltiplos fins e valores a serem atingidos, em proveito das gerações presentes, mas igualmente em favor das futuras, como parte do conteúdo constitucional.³⁰

²⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *PEC 241, carga tributária e luta de classes inversa*. Disponível em <https://www.ocafezinho.com/2016/10/10/bresser-pereira-pec-241-e-o-desmonte-do-estado-social-brasileiro/>. Acesso em 21/02/2019.

²⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Op.cit., p. 170.

³⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, fl.89.

As críticas apresentadas concordam tanto sobre a existência de um conjunto de interesses destinados a reduzir o tamanho do Estado, a priorizar determinadas categorias, como os credores da dívida pública e rentistas, e sobre o perigo de se condicionar o exercício da Constituição a fatores conjunturais. Afinal, ela também se destina a proteger o projeto futuro de sociedade, não subordinado às necessidades imediatas.

Nessa senda, cabe questionar qual seria o intuito de adotar regras tão estritas sobre o orçamento dos próximos 20 (vinte) anos, tomando por base uma situação conjuntural. Impõe-se responder sobre qual é o intuito de juridicizar uma exceção ao Estado Social.

O conceito de estado de exceção utilizado na teoria política e na sociologia ajuda a compreender a questão sob análise. Como afirma Rafael Valim, a exceção é um instrumento que (...) erode, de maneira sub-reptícia, o Estado de Direito, submetendo a imperatividade das normas jurídicas ao talante do poder de turno.³¹

Para o autor, podem ser classificadas como exercício da exceção as escolhas políticas que menosprezam o texto constitucional e o pacto social ali contido e priorizam modelos econômicos que beneficiam abertamente o mercado e os rentistas. É a aplicação da racionalidade do neoliberalismo que mina as normas democraticamente estabelecidas.

Utilizando a tese desenvolvida por Rafael Valim, pode-se afirmar que as características do estado de exceção estariam delineadas nos três elementos centrais: o soberano (o mercado), o inimigo (os gastos excessivos do gasto social) e a excepcionalidade normativa (o regime do teto de gastos).

Como afirma o autor:

A subalternidade da política à economia ajuda a explicar a atual crise de legitimidade dos órgãos eletivos, aos quais compete, por meio de um discurso fantasioso e, por vezes, ridículo, editar legislações francamente antissociais, mas que beneficiam o seu senhorio, o mercado. Na síntese primorosa de Luigi

³¹ VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017, não paginado.

Ferrajoli, “somos governados, de fato, por sujeitos que não nos representam, enquanto os sujeitos que nos representam são àqueles subalternos e impotentes diante deles.”³²

Cogita-se que os Poderes, cooptados por interesses do capital, utilizam seu poder para normatizar o estado de exceção e desmontar o Estado Social.

4. O questionamento da EC nº 95/2016 no STF

A EC nº 95/2016 foi objeto de questionamento no STF, por meio de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, que realçam seus aspectos formais e materiais.³³

Em declarações acerca da ADI 2238, proposta contra dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio Melo³⁴ negaram a admissão de uma “jurisprudência da crise”, ou seja, de uma interpretação relativizada da Constituição para admitir interpretações mais benéficas em épocas de crise.

Aguarda-se o julgamento das ADIs sobre a EC nº 95/2016 para verificar se a ideia de flexibilização interpretativa será ou não acolhida e se a referida emenda será considerada como solução jurídica que viola o princípio fundamental da equidade intergeracional.

Conclusões

³² Idem, não paginado.

³³ São essas as ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: ADI 5655 solicitada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT); ADI 5658, solicitada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); ADI 5680, de iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); ADI 5715 (Partido dos Trabalhadores (PT)); e ADI 5734 solicitada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE).

³⁴ ESTADO DE MINAS. *Moraes rejeita ‘jurisprudência da crise’ para LRF*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,1033931/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml. Acesso em: 20/02/2020.

É preciso reconhecer que a EC nº 95/2016 representa uma escolha política específica, que atribuiu aos gastos sociais a responsabilidade principal pelos déficits nos cofres públicos.

A leitura global da realidade impõe a consideração da política monetária e do sistema tributário, profundamente regressivo, os quais aprofundam a desigualdade no País e garantem o aumento anual da riqueza no topo da pirâmide social.

Nesse sentido, a autolimitação do teto de gastos, por atingir principalmente as pessoas dependentes de prestação social e os investimentos públicos em infraestrutura, de fato parece atender ao receituário ortodoxo que preconiza o equilíbrio fiscal a todo custo.

Essa ideia ignora o papel que os gastos públicos podem desempenhar no aumento da demanda agregada e que o aumento da confiança dos investidores, para aquecer a economia, nem sempre ocorre. A aplicação direta de recursos pelo Estado pode ser mais eficiente, em comparação com a “teoria do gotejamento”.

Se a iniciativa privada é colocada como a tábua de salvação da economia, de forma exclusiva, terá condições de ditar as regras do jogo e de exigir menos impostos, encargos trabalhistas e previdenciários.

Alguns grupos de interesse conseguem, assim, dominar a pauta pública, legitimando um estado de exceção à normalidade democrática estabelecida na Constituição Federal. O discurso da austeridade a todo custo, na verdade, não tem produzido crescimento econômico e repartição de benefícios a todos.

Espera-se que o STF reconheça que a EC nº 95/2016, uma experiência inédita no Brasil e sem embasamento em casos internacionais, representa uma grave transferência do custo financeiro do presente para as futuras gerações.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>> Acesso em: 12 fev. 2020.

BLYTH, Mark. *Austeridade. A história de uma ideia perigosa*. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária: 2017.

CARVALHO, Laura. *Valsa Brasileira. Do boom ao caos econômico*. São Paulo: Todavia, 2018.

ESTADO DE MINAS. *Moraes rejeita 'jurisprudência da crise' para LRF*. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,1033931/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml. Acesso em: 20/02/2020.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Neoliberalism: Oversold? *Revista Finance & Development*, junho/2016, Vol. 53, No.2, Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>. Acesso em: 12 mar 2020.

_____. *Fiscal Rules at a Glance*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/fiscalrules/map>. Acesso em: 12 mar 2020.

GOBETTI, Sérgio Wulff. *Tributação do capital no Brasil e no mundo*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33106. Acesso em: 09 jun. 2019.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 26 ed rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017, não paginado.

HIRSCHMAN, Albert O. Hirschman. *A retórica da intransigência. Perversidade, futilidade e ameaça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 70.

HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W.Norton & Company, 2000.

IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais*. Disponível em: <https://agencia.denoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>. Acesso em: 20/02/2020.

IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alpha_content&ordering=5&limitstart=2300&limit=10>. Acesso em: 20 mai 2019.

KRUGMAN, Paul. Que diabos aconteceu com o Brasil? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 nov.2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/paulkrugman/2018/11/que-diabos-aconteceu-com-o-brasil.shtml?origin=folha>>.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *PEC 241, carga tributária e luta de classes inversa*. Disponível em <https://www.ocafezinho.com/2016/10/10/bresser-pereira-pec-241-e-o-desmonte-do-estado-social-brasileiro/>. Acesso em 21/02/2019.

RESENDE, André Lara. *Juros, moeda e ortodoxia*. São Paulo: Penguin, 2017, não paginado.

_____. Liberalismo e dogmatismo. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/liberalismo-e-dogmatismo.ghtml>. Acesso em: 20 mar 2020.

ROSSI, Pedro. DWECK, Esther. O discurso econômico da austeridade e os interesses velados. In: GALLEGO, Esther Solano. *O ódio como política. A reinvenção das Direitas no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2018, p. 79-84.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Austeridade Seletiva e Desigualdade. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. v.7, n.8, janeiro/junho, 2019, p. 158-172.

STIGLITZ, Joseph E. *O grande abismo. Sociedades desiguais e o que fazer sobre isso*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, fl.89.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de conjuntura econômica.2017*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-do-presidente-da-republica-parecer-previo-e-sintese-do-relatorio.htm>. Acesso em: 20/02/2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de conjuntura econômica.2018*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas-do-governo/conjuntura-economica-divida.html>. Acesso em: 20/02/2020.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. *Revista Novos Estudos. Cebrap*. São Paulo, v.37, n° 03, p.376.

Judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal e o constitucionalismo dialógico

Augusto de Mendonça Barros Rolim

Introdução

As constituições modernas não são mais meros documentos de enunciação de valores que não se concretizam na ordem jurídica. Os valores nelas descritos são a força motor por trás do ordenamento jurídico e seus objetivos são tão imperativos quanto os decretos e regulamentos legislativos. São dotadas de força normativa.

Nesse contexto, a constituição passa a ser parte ativa da sociedade que a instituiu, sendo, segundo o jurista alemão Konrad Hesse, uma força ativa quando esta se faz presente na consciência geral e na dos responsáveis pela ordem geral. Para tornar-se esta força ativa, suas normas devem possuir correspondência para com a realidade singular em que se encontra, sendo para isso, tendo de adequar-se ao tempo e à sociedade, de modo a buscar a sua concretização ótima na realidade fática (HESSE, 1991).

Este novo constitucionalismo, que dá aos princípios e aos Direitos Fundamentais a mesma importância e imperatividade das normas constitucionais, traz à frente dos debates em Direito Constitucional discussões sobre como estes princípios podem ser concretizados na vida social, dando-lhes verdadeira materialidade.

A judicialização da saúde, embora um fenômeno que seja consequência da própria tutela constitucional da saúde, tem crescido em

uma proporção preocupante; relatório feito pelo Insper a pedido do Conselho Nacional de Justiça aponta um aumento de 85% de seus litígios entre 2008 e 2017, por exemplo. Sendo um fenômeno multifacetado, devido à amplitude do próprio direito à saúde, vem acompanhado de alta carga processual, o que traz consequências próprias ao sistema de justiça brasileiro.

Dito isto, a presente pesquisa tem como seu principal objetivo estudar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil e como o Supremo Tribunal Federal o tem abordado em suas decisões a partir de uma perspectiva dialógica, de modo a compreender como este fenômeno pode ser melhor gerido pelo sistema Judiciário brasileiro.

Estudar o fenômeno da judicialização da saúde sobre a perspectiva do constitucionalismo dialógico implica o estudo de como instituições diversas, junto ao poder judiciário, podem tratar deste fenômeno de forma satisfatória, buscando-se então uma solução multidisciplinar, não meramente jurídica.

Dito isso, questiona-se como se caracteriza o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, como ele é abordado pelo poder judiciário e, acima de tudo, de que forma pode o constitucionalismo dialógico melhorar a maneira como este é abordado.

1. Saúde como direito social

1.1. A questão dos direitos sociais e sua efetivação por meio de litigância

Os “direitos sociais” ou “direitos socio-econômicos”, consistem em um grupo de direitos cujos respectivos objetos são referentes a determinadas normas internacionais de direitos humanos (GLOPPEN, 2005), sendo sua positivação realizada tanto por meio da assinatura de tratados internacionais como também pela sua inserção direta no texto constitucional. Segundo Gloppen, os direitos sociais correspondem principalmente àqueles enunciados no pacto internacional sobre direitos

econômicos, sociais e culturais, dentre os quais se destacam o direito à autodeterminação, ao trabalho livremente escolhido, à saúde etc.

No Brasil, estes direitos sociais possuem como sua validade não somente a sua assinatura a tratados internacionais, como também à sua positivação direta no texto constitucional, nomeadamente no capítulo 2 de seu título 2, abrangendo desde o artigo 6º até o 17. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro os define não somente como valores que devem guiar políticas públicas, como também objetivos cujo cumprimento é plenamente vinculado à vida político-civil.

Dito isso, Gloppen identifica dois meios distintos para a concretização dos direitos sociais, são eles a partir da realização de políticas públicas que partem diretamente da iniciativa governamental e a partir de litígios, ou seja, de decisões judiciais em caso concreto. O uso desta segunda via de concretização de direitos sociais, por sua vez, está condicionado a um grupo de fatores que influenciam o início, andamento e conclusão do processo, são eles: A voz do indivíduo cujos direitos foram prejudicados; a responsividade das cortes; a capacidade do juiz de produzir remédios legais adequados para o caso e a cooperação das instâncias políticas para fazer cumprir a decisão judicial (GLOPPEN, 2005).

Percebe-se então que as condições para a realização dos direitos sociais por meio dos litígios estão inerentemente relacionadas a fatores que vão além de questões meramente jurídicas. Por exemplo, a “voice” ou voz da instância que possui seus direitos violados está, por sua vez, relacionada aos recursos que estão disponíveis a este para que este possa protagonizar uma ação judicial, segundo Gloppen:

Aqueles cujos direitos sociais são violados devem também possuir (acesso a) recursos que lhes permitam articular efetivamente suas demandas-direitos -e fazer-lo numa forma que o sistema legal reconheça. Casos de Direitos sociais comumente trazem à tona questões legais complexas, com poucas possibilidades para que leigos argumentem em seus próprios casos. Acesso à expertise legal, por auxílio legal ou por organizações que ofereçam assistência jurídica gratuita é então essencial. (GLOPPEN, 2005, págs 4 e 5, tradução minha)

O mesmo pode ser dito sobre os demais fatores da litigância sobre direitos sociais. Gloppen aponta que, ao analisar cada um deles mostraram-se de grande importância a questão da existência de fatores políticos, jurisprudenciais e até mesmo culturais que condicionam a receptividade e capacidade dos magistrados para responder aos litígios de direitos sociais.

Em sua análise sobre fatores que dificultam o acesso às cortes, Gloppen aponta que há uma certa ambivalência na relação da população sul-africana com sua corte: Por um lado, há a presença de decisões controversas como a abolição da pena capital e ainda a herança do apartheid, em que a corte era vista como uma reforçadora de normas injustas põe a corte em uma imagem negativa; por outro lado, a suprema corte tem assumido posições favoráveis aos direitos sociais, tendo em 1996, com a afirmação da nova constituição, nas palavras de Gloppen, “affirmed its commitment to social rights as rights to be enforced by the courts.” (GLOPPEN, 2005, pág. 9)

O autor aponta ainda ao analisar as condições da África do Sul certas barreiras práticas para o acesso ao poder judiciário, tal como custo de honorários advocatícios, custas judiciais, transporte, barreiras linguísticas etc. mostram-se como fatores que dificultam o acesso principalmente das camadas sociais menos favorecidas às cortes. Apesar disso, a África do Sul conta com bastante entidades não governamentais que podem ao menos facilitar o acesso dessa população ao poder judiciário.

No Brasil, por outro lado, é possível identificar inúmeros mecanismos que possibilitam o acesso da população à realização de litígios dos direitos sociais. Primeiramente, identifica-se como principal fonte disso o teor da constituição de 1988, tida como a “constituição cidadã”, devido à textura aberta no rol de direitos fundamentais, permite que uma grande variedade de fenômenos se tornem direitos subjetivos.

Nesse contexto, partindo das observações de Gloppen sobre o contexto da África do Sul, tem-se que a concretização de direitos sociais por meio de litigação está associada a inúmeros fatores jurídicos e extra-

jurídicos que influenciam o modo em que o ordenamento jurídico e suas normas adequam-se à realidade fática. Então, torna-se necessário que sejam estudadas estas formas de adequação da norma à realidade, nomeadamente, as perspectivas da supremacia judicial e dialógica.

2. Supremacia judicial vs constitucionalismo dialógico, uma contextualização

Anteriormente a qualquer análise da judicialização da saúde, torna-se necessário analisar ambas correntes que tratam do constitucionalismo atual, a supremacia judicial e a perspectiva dialógica de constitucionalismo, o constitucionalismo dialógico.

Atualmente, possui prevalência nas discussões de teoria constitucional a atribuição da tarefa da salvaguarda da constituição, seus valores e princípios a partir de uma atuação contra majoritária ao poder judiciário, o que caracteriza a chamada “Supremacia judicial”. A concessão desta competência ao poder judiciário lhe aufere protagonismo na resolução de controvérsias sobre a interpretação do texto constitucional, dando menor importância às instâncias representativas da política. A supremacia judicial tem como sua principal consequência o fato de que o ato final de interpretação jurídica é prerrogativa única do poder judiciário (LEITE, 2017).

Ao definir a supremacia judicial, é importante afirmar, ainda, que esta não implica em um monopólio judicial da interpretação constitucional, mas sim da decisão final e pontual sobre o sentido e interpretação da norma constitucional em questão. Nas palavras de Brandão, a supremacia judicial pode conceder a qualquer outra instância a palavra inicial, sendo a palavra final pertencente ao judiciário (BRANDÃO, 2018). Ao apontar este foco na última palavra sobre a matéria constitucional, a última palavra dos juízes tornar-se-ia um “bloco de constitucionalidade”, aferindo então a legitimidade da atuação dos poderes constituídos e dos cidadãos.

Devido à diferença entre os conceitos de supremacia judicial e monopólio judicial, torna-se necessário, a fim de melhor conceituá-la para este estudo, diferenciar os conceitos de supremacia judicial em sentido amplo e estrito. A supremacia judicial em seu sentido mais estrito refere-se especificamente à competência final dada ao poder judiciário para interpretar a constituição, não referindo-se ao monopólio judicial de todas as questões constitucionais. Por outro lado, tem-se como supremacia judicial em sentido amplo o estado de coisas em que o poder judiciário tem ampla capacidade de dispor sobre a maioria das questões políticas e realizar decisões vinculantes contra todos e com a reação das instâncias políticas representativas limitada à reforma constitucional (BRANDÃO, 2018, pág. 24). Nesta pesquisa, se dará preferência ao seu sentido amplo.

Dito isso, é de grande importância apontar que, apesar do modelo da supremacia judicial, a princípio, não excluir a participação das demais instituições políticas da deliberação sobre assuntos constitucionais, reduz-se seu campo de atuação. Inicialmente, tem-se esta situação devido ao pouco reconhecimento da relevância institucional das instâncias político-representativas; a sua participação é limitada pela própria supremacia judicial, cuja decisão não é aberta a novas discussões. Como consequência disso, resta às instâncias político-representativas aceitar o entendimento judicial como a única legítima e delinear suas práticas e decisões a partir dos parâmetros definidos pelos tribunais (LEITE, 2017). Esta forma de supremacia judicial é vista, além na jurisdição constitucional brasileira, também na americana. Sua presença é bastante clara na decisão do caso *City of Borne v. Flores*.

O caso Flores trata de uma discussão concernente ao afastamento de um precedente fixado em caso anterior que afirmava que a liberdade religiosa não poderia exonerar indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras. Este precedente foi eventualmente derrubado pela *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), que foi utilizado pelo arcebispo Flores para defender o seu direito garantido pela 1ª emenda da Constituição Americana para realizar licitação em sua igreja;

porém, a suprema corte dos Estados Unidos considerou que o RFRA seria inconstitucional pois o congresso, ao reverter a decisão por meio de lei, agiu além de suas competências, solidificando-se então a supremacia judicial no raciocínio da corte.

Esta situação aponta um problema de bastante relevância na questão da supremacia judicial, as consequências de definir quem dá a “última palavra” sobre o texto constitucional em um regime democrático. Para Glauco Salomão: “No fundo, o problema da supremacia judicial diz respeito ao papel do povo na democracia, pois o judicialismo exclui muitos cidadãos e seus representantes da participação nas questões políticas mais fundamentais.” (LEITE, 2017, pág. 222)

2.2. Perspectiva dialógica

Em seguida, aborda-se então a perspectiva dialógica de constitucionalismo, também chamada de constitucionalismo dialógico ou diálogos inter-institucionais. A perspectiva dialógica tem como um de seus principais nomes o de Alexander Bickel, jurista americano conhecido por suas críticas ao ativismo judicial na suprema corte, principalmente por seu protagonismo na era Warren. Entre seus pontos principais, Bickel defende a autocontenção como uma forma da corte manter sua competência como guardião da constituição e estimular o diálogo e a interação com outros poderes estatais e a própria opinião pública (LEITE, 2017).

Bickel caracteriza este diálogo interinstitucional como um “Colóquio Socrático” a ser realizado entre as cortes, as instituições políticas e a sociedade em geral (LEITE, 2017). A autoconceção das cortes e o estímulo a este diálogo se dá principalmente pelo que ele apontava como diferença essencial entre a forma que as cortes decidem e como as instâncias políticas o fazem. Existe, para ele, uma “Tensão Lincolniana” entre decisões baseadas em conveniência (*Expediency*) e valores duradouros (*Enduring values*) nas decisões proferidas pelas instâncias políticas e judiciais.

As decisões que são realizadas a partir de um juízo de conveniência ou *expediency*, baseiam-se em interesses materiais ou imediatos em que deve prevalecer o pragmatismo; esta forma seria presente principalmente nas decisões políticas, em que há a pressão para o cumprimento de metas de mandato tanto nos poderes Executivo e Legislativo.

As decisões baseadas em juízos axiológicos, são as que tem base em valores duradouros que não necessariamente mostram-se prontos e acabados, visando para sua concretização a enunciação pública e uma construção permanente; esta forma de decisão seria encontrada principalmente nas cortes, que devem aplicar as leis e princípios em caso concreto. Destaca-se, porém, que estas formas de decisão não são restritas a uma instância ou outra, mas são melhor condicionadas a serem realizadas por estas (LEITE, 2017).

Tem-se então como atuação prudente o reconhecimento pela instituição da forma e limites ideais de sua própria atuação. Para o Judiciário, por exemplo, consistiria na opção de não agir de modo a estimular a deliberação sobre a matéria nos setores políticos e na própria opinião pública, no momento de realização da *judicial review*, dando maior amplitude ao debate sobre a matéria em questão.

A adoção de tais medidas para Bickel se justifica no fato de que, devido aos tribunais decidirem predominantemente com base em princípios, o excesso deste tipo de decisão poderia conduzir à imposição de valores demasiado rígidos para a sociedade. Nesse sentido, a prática da prudência permitiria à corte manter-se em equilíbrio, decidindo tanto com base nos princípios tal como na conveniência (LEITE, 2017).

3. Direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

A constituição atual assegura aos brasileiros o direito à saúde, sendo destacado como direito social. Definir a saúde como direito social significa, além de apontar no próprio documento constitucional um dever da sociedade civil e política de assegurá-lo, reconhecê-lo como fim próprio do Estado.

O direito social à saúde, nos ordenamentos positivos, é resultado de um processo histórico ocorrido entre os séculos XIX e XX que, em meio ao desenvolvimento da sociedade industrial, via-se também uma piora nas condições sanitárias presentes nas fábricas e outros locais de trabalho (PIVETTA, 2014). Nesse contexto, houve bastante aumento da responsabilidade do ESTADO em, entre outras, matérias sanitárias, de modo a garantir tanto a defesa da saúde do indivíduo frente a até então vigente ordem liberal de direito como também de assegurar a retomada de seu potencial produtivo; este aumento se deu principalmente a partir da criação de sistemas de previdência social, assistência social e saúde pública, sendo estes temas organizados no campo da seguridade social.

Seu reconhecimento lhe dá elevada importância política, definindo-o como axioma do texto constitucional e dando-o destaque em debates políticos. Sendo reconhecido politicamente, ele torna-se inserido nas discussões de como este direito viria a ser concretizado; muitas vezes, esta argumentação política em prol de sua concretização manifesta-se até mesmo em contextos em que a discussão é inteiramente jurídica.

A sobreposição do aspecto político dos direitos sociais sobre o jurídico resulta no principal problema referente à judicialização da saúde. Enquanto a política busca concretizá-lo sob uma visão de “quanto mais, melhor,” a atuação jurídica deste é inteiramente diversa. Segundo Saulo Lindorfer Pivetta:

“Vale dizer, o problema do direito à saúde como um todo (todas as posições jurídicas que decorrem do direito) não é o mesmo que decidir uma situação jurídica concreta, como a concessão de um medicamento requerido judicialmente. E o que se coloca sob a pauta da decisão judicial ou perante o gestor público não é o problema genérico da saúde, mas sim a falta de leitos hospitalares, a demora nos atendimentos das especialidades médicas, a ausência de tratamentos adequados para determinada doença, etc.” (PIVETTA, 2014, pág. 35)

O direito à saúde, como direito social, caracteriza-se por sua multifuncionalidade, tendo função de defesa, de direito subjetivo e de

proteção. A função de defesa refere-se à defesa de seu núcleo central; a de direito subjetivo, ao veto à atuação do Estado que promover agressões à esfera individual; já a função protetiva impõe a obrigação de evitar ou intervir sobre intervenções lesivas de terceiros (PIVETTA, 2014). A saúde torna-se então Direito Fundamental, sendo sua tutela dever do Estado que deve ser confirmado em suas políticas.

4. Aplicabilidade do direito à saúde:

Tendo conhecido o direito à saúde como direito fundamental, torna-se importante tratar de sua aplicabilidade frente ao ordenamento jurídico. Primeiramente, deve-se reconhecer que a garantia fundamental aqui estudada é, primariamente, uma norma principiológica. Sendo assim, a aplicabilidade de uma norma principiológica não é condicionada a um esquema binário de “tudo ou nada”, mas sim de uma avaliação da melhor forma possível de seu conteúdo em um caso concreto. Nas palavras de Dworkin, um princípio “(...) enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção mas [ainda assim] necessita uma decisão particular.” (DWORKIN, 2010, pág. 41)

Devido ao caráter principiológico, sua aplicação envolve a criação de reservas, restrições à sua aplicabilidade (PIVETTA, 2014). As restrições aqui mencionadas referem-se à própria atuação normativa do Estado que tem como consequência a delimitação de seu conteúdo normativo. Para este caso, as principais formas de delimitação do direito à saúde são: Reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado e a reserva do impossível.

O primeiro dos exemplos citados é a reserva geral imanente de ponderação, a qual autoriza a legítima restrição do direito à saúde frente a outro de maior peso. Pivetta cita como um exemplo dessa restrição o caso de uma cidadã que inicia processo contra portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiam da política de

dispensação de medicamentos de alto custo (PIVETTA, 2014. Pág. 69). No referido caso, a decisão judicial a ser proferida ponderaria sobre a possível intervenção indevida sobre a esfera da autonomia do cidadão a ser realizada pelo Ministério da Saúde.

A reserva do politicamente adequado compreende as esferas de restrição do direito que necessitam uma atuação política e de uma análise da realidade concreta para ser realizada (PIVETTA, 2014). Um exemplo desta restrição ao direito à saúde é a criação da secretaria de vigilância sanitária do Ministério da saúde, que exerce a função de definir substâncias e medicamentos sujeitos a um controle especial pelo poder público para serem adquiridos. Neste exemplo, o conteúdo normativo do direito à saúde é definido a partir da realização de embates e escolhas políticas realizadas por estes agentes para ponderar os principais meios ou métodos necessários e existentes para a sua concretização.

Tratando-se da reserva do financeiramente possível ou reserva do possível, esta é observada frente a um dever de atuação positiva do estado, quando, para assegurar o cumprimento de uma prestação relacionada ao dever de proteção ou promoção da saúde, seja necessária a alocação de recursos. Nem sempre a reserva financeira possui relevância o suficiente para diminuir a fundamentabilidade do direito à saúde; isto é explicado devido à ausência de uma compreensão mais bem aplicada ao contexto brasileiro. Pivetta aponta que a maneira como a reserva do possível foi desenvolvida no Brasil se deu a partir de uma recepção acrítica do conceito definido na corte constitucional Alemã, que desenvolveu-se a partir de discussões sobre vagas gratuitas de ensino superior público motivadas por insuficiência econômica, não à saúde pública (PIVETTA, 2014, pág. 75). Nesse sentido, Sarlet aponta que esta reserva é compreendida a partir de três dimensões: A disponibilidade material dos recursos necessários às prestações, a distribuição de receitas e competências (sejam elas tributárias, orçamentárias, legislativas etc.) e, finalmente, a perspectiva do particular que demanda a prestação material, verificando-se a razoabilidade e proporcionalidade da conduta pleiteada (SARLET, 2009 IN

PIVETTA, 2014, pág. 75). É importante que seja destacado ainda que a reserva do possível no direito à saúde é ainda condicionada à grande variedade de deveres estatais a ela relacionadas. Segundo Pivetta:

“No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que *custam*, como nas situações em que o Poder Público realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção).” (PIVETTA, 2014, pág. 77)

O argumento da escassez é então, apenas relevante nos casos em que há consequências distributivas na decisão, porém, a atuação do Magistrado não será no sentido de negar a provisão do direito, mas sim de garantir que a distribuição de recursos realizada pelas instâncias políticas não se mantenha incompatível com o que é definido constitucionalmente. Grosman considera que o argumento da escassez só é relevante juridicamente naqueles momentos em que o conteúdo da prestação da demanda não seja delimitado em termos normativos, quer seja pela legislação ordinária ou pela própria Constituição (GROSMAN, 2008 in PIVETTA 2011).

5. Judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal

Tendo compreendido como se verifica o direito à saúde como Direito social no ordenamento jurídico brasileiro bem como ele tende a ser aplicado, inicia-se o estudo de como o Supremo Tribunal Federal tende a se manifestar sobre o direito à saúde em suas decisões, bem como elas podem ser compreendidas a partir de uma perspectiva dialógica. Esta análise será realizada a partir de duas fases, uma primeira que trata da leitura de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, e uma segunda

que trata de analisar a sua atuação a partir do contexto da judicialização da saúde e do constitucionalismo dialógico. Nesta análise, será dada preferência ao estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal referentes à responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação de serviço de saúde e a concessão de medicamentos experimentais ou sem registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O primeiro tema a ser analisado sobre a atual atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a judicialização da saúde refere-se a um tema sobre o qual vigora fixação de tese bastante recente: A responsabilidade solidária entre os entes federativos referentes às demandas de serviços de saúde. No dia 23 de maio de 2019, foi fixada tese de repercussão geral sobre o tema, guiado a partir da matéria constitucional do Recurso Extraordinário (RE) 855178, a fim de iniciar a sua análise, torna-se necessário contextualizá-lo.

O RE 855178 trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União com objetivo de eximir-se do custeio do medicamento Bosentana, o qual tinha sido obrigada judicialmente a fornecer junto ao Estado de Sergipe à autora do pedido de concessão deste remédio. O Estado de Sergipe, por meio de sua Secretaria de Saúde, cumpriu a decisão judicial ao prover o medicamento em 23/11/2009. Dois meses após a ratificação da tutela antecipatória, sobreveio o falecimento da autora e, em consequência, cessou a obrigação de fazer. Frente à isso, a União, insatisfeita pela ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe, realizou apelação. No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ficou entendida a existência de dever compartilhado entre os entes federativos na prestação de assistência e que a divisão de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide à responsabilidade solidária imposta constitucionalmente. Frente a esse entendimento, a União interpôs o recurso extraordinário.

O relatório do Ministro Luís Fux começa anunciando que a matéria tratada no recurso não é referente à obrigação do Estado de fornecer o medicamento, mas sim da responsabilidade solidária dos entes federativos

e da suposta ilegitimidade passiva da União. Dito isso, o Ministro afirma em seu relatório que o Tribunal Regional Federal da 5ª região, ao reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação de serviços de saúde não destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; o ministro cita o relatório do Ministro Gilmar Mendes no julgamento de Suspensão de Segurança número 3355, o qual inclui o tratamento médico adequado no rol dos deveres do Estado, podendo qualquer ente federativo figurar no polo passivo. É extraída do voto de Gilmar Mendes a seguinte citação:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Examinemos cada um desses elementos. [...] (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). (STF, 2015 on-line)

Com base no voto de Gilmar Mendes, o Ministro Fux então reforçou que o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª região é consonante com decisões prévias do Supremo Tribunal Federal. O ministro cita ainda inciso II o artigo 23, da Constituição Federal, que aponta como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado pela saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, o que torna constitucional a responsabilidade solidária dos entes para os serviços de saúde. Reforça ainda a sua tese ao mencionar o artigo 195, que define que a seguridade social será financiada direta e indiretamente mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e também a Emenda Constitucional nº 29/2000, que define a aplicação anual de um mínimo de recursos a serviços públicos de saúde pelos Entes Federativos.

Em seguida, será estudada a obrigatoriedade do Estado de conceder medicamentos que não estejam inclusos nos registros da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Este tema foi estudado com base no Recurso Extraordinário número 657718, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio.

O RE 657718 foi interposto por cidadã de Minas Gerais para questionar acórdão realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que alegava a impossibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Estado de Minas Gerais custear o fornecimento do remédio “Mimpara 30mg” devido a ausência de seu registro pela ANVISA. Em resposta, a cidadã alegou violação a seu direito à saúde devido ao não custeamento pelo Estado de Minas Gerais ao tratamento médico adequado à sua condição médica.

Havendo interposto o recurso, o Ministro Marco Aurélio, seu relator, decidiu inicialmente pelo não reconhecimento deste, vendo como necessária à concessão de medicamentos pelo sistema de saúde pública. Afirmou “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento” (STF, 2019 – on-line). Em contrapartida, o ministro Luís Roberto Barroso deu o reconhecimento parcial do recurso, tendo em vista que o medicamento requerido foi devidamente registrado pela ANVISA ao longo do processo. Segundo o Ministro Barroso:

Não se ignora que o caso concreto trata de pedido de fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa e que o medicamento pleiteado obteve, mesmo antes da interposição do presente recurso, o registro sanitário necessário para sua comercialização. Tampouco se desconhece que, mais recentemente, o medicamento foi até mesmo incorporado pelo SUS para dispensação gratuita para a população.

O Recurso Extraordinário 657718, a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, apesar de ter sido parcialmente provido em virtude da eventual realização do registro do medicamento pela ANVISA, fixou uma tese de repercussão geral que condiciona a possibilidade do Estado prover medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância

Sanitária a duas hipóteses: A de medicamentos experimentais sem comprovação científica de eficácia e segurança e a de medicamentos cuja eficácia e segurança são conhecidas, mas que não possuem o registro da ANVISA.

Para justificar o motivo da limitação do provimento de medicamentos a estas hipóteses, o Ministro explicou que a atuação da vigilância sanitária para a proibição da circulação de medicamentos fora de seu registro não é meramente burocrática, mas sim uma atuação essencial para a tutela do direito à saúde de toda a coletividade. O ministro cita as atribuições constitucionais ao Sistema Único de Saúde de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e a execução de ações de vigilância sanitária, como previstos nos incisos I e II do artigo 200 da Constituição Federal. Cita-se também a lei número 9782/1999 que atribui à ANVISA a competência de exercer vigilância sanitária de medicamentos e a lei número 8080/1990, a qual define vigilância sanitária como “Um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários.” (STF, 2019 – on-line).

Tendo explicada a importância da atuação da ANVISA na tutela do Direito à saúde, o Ministro Barroso argumenta a favor de uma atuação autocontida do Poder Judiciário nas matérias de saúde. Segundo Barroso, faltam aos agentes do Judiciário a *expertise* para a avaliação do efeito sistêmico de suas decisões no âmbito da distribuição de remédios. Em suas palavras:

Ao determinar o uso, a fabricação, a comercialização e a importação de uma substância que não tem registro sanitário junto à agência reguladora nacional, porém, o Poder Judiciário está se sobrepondo à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes. (STF, 2019 – on-line, pág. 12)

Barroso aponta ainda como os principais motivos para a autocontenção das cortes duas razões principais. A primeira delas é a afronta ao direito fundamental à saúde, visto que o fornecimento de

medicamentos sem o devido registro pode vir a causar riscos à saúde pública e que os juízes e tribunais não possuem o preparo técnico-científico para prever os efeitos da decisão. A segunda trata de uma possível violação à divisão de poderes; o ministro aponta que a atividade de vigilância sanitária é reservada ao Poder executivo e, especificamente, à agência de vigilância sanitária, sendo esta autarquia vinculada ao ministério da saúde. É importante destacar, porém, que o Ministro, ao afirmar ser necessária a autocontenção do poder judiciário em casos referentes à distribuição de remédios, não indica que não deva ser realizado o controle judicial dos atos administrativos da ANVISA, mas sim que haja maior deferência à sua *expertise*.

O ministro Barroso então contextualiza a sua decisão à realidade de que as demandas de saúde pública, especialmente as de requisição de medicamentos que não estejam devidamente registrados, não serão freadas apenas a partir da recusa geral de todas as demandas individuais, sendo necessário adotar parâmetros de decisão para que os demais juízes e agentes do poder judiciário possam seguir.

Primeiramente, distingue-se de todos os outros casos os remédios meramente experimentais, ou seja, medicamentos ainda em fase de pesquisa. Estes medicamentos caracterizam-se principalmente pela ausência ou escassez de informação científica quando à sua segurança e efetividade e que, portanto, tem em sua autorização judicial um risco bastante alto à saúde. Referente a remédios experimentais, o ministro aponta que “...não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los.” (STF, 2019 – Pág. 17). É importante mencionar, porém, que para casos específicos, como para medicamentos sem registro que possuam autorização legislativa de serem distribuídos sem registro, como os da lei 9782/1999, e aqueles de uso compassivo, para pacientes com condições debilitantes, é possível realizar a aquisição destes por meios administrativos, não judiciários.

Em seguida, o ministro trata da situação de maior complexidade, a dos medicamentos cuja eficácia e segurança já seja conhecida a partir de

pesquisas científicas. Nestes casos, o ministro aponta ser possível a autorização da aquisição destes remédios caso exista irrazoável mora da agência de vigilância sanitária em apreciar o registro. Se há uma demora não razoável para o registro dos remédios, esta inércia trata-se de uma frustração à realização do direito fundamental da saúde, sendo por isso justificada a intervenção judicial. Para assegurar da existência de tal mora injustificada, é necessário verificar a presença de três requisitos.

Primeiro, é necessária a pendência do registro pela agência competente. Neste caso, não cabe invenção judicial quando a agência nega o registro do remédio, é necessária a sua pendência. Seguinte, o registro do medicamento em outras agências renomadas, tal como a *Food and Drug Administration* (FDA), a *European Agency for the Evaluation of Medicinal Products* (EMA) e a *Japanese Ministry of Health and Welfare*. Finalmente, é necessário que não haja outro tratamento equivalente ao requerido. Assim, fixou-se a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

A partir do estudo destes dois casos, torna-se necessária a análise destas decisões à luz do fenômeno da judicialização da saúde e do constitucionalismo dialógico.

6. Análise das decisões estudadas

Primeiramente, deve-se dar destaque à tese de repercussão realizada a partir do Recurso Extraordinário número 657718, especialmente referente à sua ênfase na autocontenção do poder judiciário frente à atuação técnica e administrativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Ao desenvolver o seu voto, o Ministro menciona inúmeras vezes a necessidade dos agentes do poder judiciário adotarem uma postura de autocontenção frente a matéria da concessão de medicamentos, visto que estes não possuiriam o preparo técnico nem o conhecimento do funcionamento da ANVISA para prever e compreender os possíveis efeitos da sua decisão. Barroso menciona a complexidade do procedimento realizado pela agência reguladora para avaliar se autorizará ou não a circulação de remédios como um dos principais motivos para a autocontenção dos agentes do judiciário; estes, que não possuem a *expertise* para avaliar as consequências de suas decisões no sistema desta agência reguladora. Segundo Barroso:

Esse domínio legítimo de atuação administrativa da Anvisa, balizado pela lei, deve ser respeitado pelas diferentes instâncias de controle, inclusive pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma exigência que decorre logicamente da separação de poderes. Daí porque decisões judiciais que deferem medicamentos não registrados, ao substituírem uma escolha técnica e procedimental da Agência, interferem de forma ilegítima no funcionamento da Administração Pública, em afronta à reserva de administração e à separação de poderes. (STF, 2019 – Pág. 14)

A atitude do ministro Barroso de ser favorável a uma autocontenção e maior deferência das cortes em relação ao funcionamento da Anvisa mostra um dos principais pilares do constitucionalismo dialógico, isto é, o reconhecimento dos limites da capacidade de julgamento dos tribunais frente a assuntos que estes não conhecem. Ao estudar o constitucionalismo dialógico a partir da perspectiva de Alexander Bickel, tem-se como o seu

ponto central o reconhecimento do meio mais prudente de decidir, o que no caso do Poder Judiciário, é a autocontenção.

Outra importante característica que pode ainda ser retirada do voto do Ministro Barroso é a sua intenção de cooperar com o funcionamento da Agência Reguladora, defendendo não somente que os juízes realizem a autocontenção ao fundamentar as suas decisões, como também reconhecer os limites de seu campo de atuação. Em sua tese de repercussão geral, o ministro Barroso delimita como possíveis de intervenção judicial apenas os casos de medicamentos que não foram registrados devido uma mora injustificável das agências reguladoras, tendo como consequência a impossibilidade de atuação do judiciário para os casos de medicamentos meramente experimentais, salvo os casos em que há autorização legislativa para a concessão, o que ele indica que poderá ser resolvida no nível administrativo e não no judiciário.

No contexto da judicialização da saúde no Brasil, esse tipo de atuação autocontida pelos agentes do poder judiciário assume um papel de grande importância no alívio da carga processual referente a este fenômeno. O fenômeno judicialização da saúde no Brasil, de acordo com relatório do instituto de ensino e pesquisa Insper, tem como suas características mais marcantes a baixa frequência de contato entre os juízes e órgãos públicos relacionados à saúde pública e, em algumas regiões, um percentual bastante alto de processos referentes à aquisição de remédios já inclusos nos registros da Anvisa, do Sistema Único de Saúde e suas listas de medicamentos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019.), tais dados serão contextualizados em seguida.

No relatório realizado pelo Insper a pedido do Conselho Nacional de Justiça, destacam-se entre seus achados duas informações principais referentes à judicialização da saúde no Brasil, uma refere-se à frequência em que juízes citam referências técnicas em suas decisões, a menção das listas de medicamentos do Sistema único de saúde e, finalmente, a peculiaridades regionais da judicialização da saúde.

A citação por juízes dos mecanismos de qualificação de decisões administrativas, nomeadamente os Núcleos de Apoio Técnico ao SUS (NAT) e a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC) seria realizada para que suas decisões adquiram um grau de tecnicidade, justificando-as a partir de evidências e informações coletadas por estes mecanismos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Porém, o que o estudo identificou foi que a frequência em que os juízes citam dados desses mecanismos é bastante baixa, sendo os NATs citados em apenas 0,31 por cento das decisões judiciais estudadas no relatório e o CONITEC citado 0,68 por cento destas. Por outro lado, a frequência em que juízes citam as listas de tecnologia disponíveis ao SUS, nomeadamente as listas RENAME, RENASE E REMUME, também se mostra bastante baixa, sendo a frequência de citações de cada uma delas respectivamente 3,404, 0,007 e 0,006 por cento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Notam-se ainda as características específicas das demandas de saúde em determinadas regiões, especificamente no Estado do Pará, por serem representadas majoritariamente por demandas de remédios já inclusos nas listas de medicamentos do SUS. Segundo o relatório, “A maior parte das ações judiciais na vara do magistrado, por exemplo, concentra-se em pedidos de medicamentos constantes na RENAME, procedimentos e exames. Muitos pedidos incluem todos esses serviços.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, pág. 95).

A leitura dessas informações, inseridas no contexto da tese de repercussão geral do Recurso Extraordinário e o voto do Ministro Barroso, torna evidente a importância da autocontenção das cortes e do estabelecimento de um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e outras instituições político-administrativas. Em seu voto, o Ministro atenta às possíveis consequências da concessão de medicamentos fora de registro na saúde requerente, na organização financeira do sistema de saúde pública em geral e até mesmo na atuação de empresas de fármacos. Segundo o Ministro:

A autorização judicial de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa possui, ainda, inúmeras consequências indesejadas. *Primeiro*, ela produz profunda desorganização financeira e administrativa dos entes federativos, já que, como os valores envolvidos no fornecimento desses fármacos não constam do orçamento, devem ser realizados contingenciamentos para o cumprimento das decisões. *Segundo*, em um cenário de escassez de recursos, os gastos para a compra de medicamentos não registrados na Agência são efetuados em prejuízo do atendimento de outras demandas prioritárias, afetando a própria saúde da população. Por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas. *Terceiro*, ela cria incentivos para atuações oportunistas das empresas farmacêuticas. Tais empresas podem, especialmente no caso de doenças raras, concluir ser mais vantajoso instituir um mercado paralelo para o fornecimento de medicamento no Brasil (pela via judicial), já que, nesse caso, ficam isentas dos elevados custos envolvidos no processo de registro, bem como do controle dos preços praticados. Afinal, quando condenado a fornecer o fármaco ao paciente, o Estado terá que cumprir a decisão imediatamente pelo preço definido unilateralmente pelo fornecedor. (STF, 2019 – Pág. 15)

A questão da atuação dos entes federativos em conjunto a fim de diminuir ou facilitar o andamento da carga processual referente às demandas de saúde também se mostra um tema importante a ser considerado, principalmente no contexto do reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação de serviços de saúde pública. Neste contexto, faz-se referência as informações coletadas pelo Insper sobre o Estado da Bahia.

O estado da Bahia foi sede de uma série de avanços na criação de mecanismos de cooperação interinstitucional, tanto entre Administração Pública e Poder Judiciário como entre entes federativos. A Bahia conta atualmente com o Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS), criado em 2015 pela secretaria da saúde do Estado da Bahia exatamente para atender à crescente demanda de questões judiciais sobre a saúde. O NAJS realiza as funções de acompanhar os casos, concentrar respostas, realizar análises críticas sobre as causas e efeitos dessas demandas e, finalmente, identificar as maiores falhas no sistema da saúde

da Bahia. O relatório destaca a grande importância do NAJS para identificar as principais falhas na saúde pública do Estado da Bahia, segundo este:

A judicialização como “alarme de incêndio” para a gestão é um aspecto mencionado em todos os casos estaduais estudados – sobretudo quando a gestão consegue realizar um acompanhamento preciso dos casos de judicialização, identificando temas mais judicializados, municípios e regiões com maior volume de ações, tipos de serviços mais demandados etc. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, pág. 89).

Encontram-se também acordos explícitos entre as Defensorias Públicas da União e do Estado para lidar com serviços de saúde pública tanto em nível federal como em nível estadual. O relatório menciona a existência de acordo explícito entre as defensorias públicas desde o ano de 2018 para divisão de suas competências referentes à judicialização da saúde. Por um lado, a Defensoria Pública do Estado (DPE) trata de demandas de saúde regulares, que são abarcados pelo sistema de saúde local; por outro, a Defensoria Pública da União (DPU) trata de questões mais complexas, como a requisição de medicamentos sem registro ou importação de recursos do exterior (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Verifica-se então no Estado da Bahia o desenvolvimento de mecanismos inovadores de diálogo institucional que visam facilitar o diálogo entre Administração Pública e Poder Judiciário, tanto em esfera Estadual como Federal. O desenvolvimento destes mecanismos em outros estados pode ocorrer em outros estados estimulado pelo reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes federativos, que traz a necessidade de melhor gerir a carga processual em prol da eficiência da atuação judicial.

Com base no que foi estudado, vê-se claramente uma tendência de otimização dos mecanismos de concretização das demandas judiciais de saúde sendo desenvolvido a partir de uma perspectiva dialógica de constitucionalismo, tendo em vista a tendência do Supremo Tribunal

Federal a reconhecer a necessidade de autocontenção em suas decisões e a responsabilidade de todos os entes federativos na concretização deste Direito.

Conclusão

Partindo da leitura da doutrina e das teses de repercussão geral estudadas, é perceptível um reconhecimento pelo STF da necessidade de gerir o fenômeno da judicialização da saúde. Em casos como o do Recurso Extraordinário número 657718, vê-se claramente que os ministros desta corte possuem consciência dos problemas relacionados à judicialização excessiva do direito à saúde bem como das suas limitações na tomada de decisões, sendo necessária a deferência às agências de saúde.

Cabe ainda estudar outras questões relacionadas à judicialização da saúde, especificamente as relativas ao acesso à justiça e a questões orçamentárias relacionadas à saúde pública. O estudo desses temas deverá ser realizado em um momento posterior.

Referências

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Relator: Ministro Luíz Fux. Brasília, 5 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 5 de novembro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. Realização: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), 3. edição da Série Justiça Pesquisa, ano 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>. Acesso em 03 de abril 2019.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo Judicial ao diálogo constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. 4ª reimpr. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

A responsabilização política do presidente da república no contexto da América Latina

*Helder Felipe Oliveira Correia*¹

*Mirelle Luciana Valentim de Sá Barreto*²

*Myllena Victória de Andrade Lins*³

Introdução

O Constitucionalismo surgiu após um rompimento com o absolutismo, onde todo poder era concentrado numa única figura política, em geral, um monarca. Para tanto, serão demonstradas as ideias históricas das experiências da separação de poderes trazidas por Locke e Montesquieu, bem como o aperfeiçoamento dos mecanismos de freios e contrapesos, para que se possam compreender as práticas constitucionais ocorridas durante o período iluminista, da qual deu ensejo ao liberalismo clássico.

Por conseguinte, analisar-se-á o mecanismo do sistema democrático parlamentarista, onde há uma repartição de competências entre o Chefe de Governo e Chefe de Estado, bem como do sistema presidencialista, onde as atribuições se concentram tão somente na figura do Presidente da

¹ Doutorando, mestre e bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor de Direito Constitucional da UniAESO e de Direito Administrativo da Faculdade Nova Roma. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE. Bolsista do PROSUP/CAPEs.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Osman Lins- UniFacol. Integrante do Programa de Iniciação Científica da Unifacol - PIC/UniFacol. Estagiária do Escritório de Advocacia Félix e Oliveira Advogados.

³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Osman Lins- UniFacol. Integrante do Programa de Iniciação Científica da Unifacol - PIC/UniFacol. Assessora de magistrado no TJPE.

República, objeto do nosso estudo. Por esse motivo, a investigação consiste em identificar mecanismos de responsabilização presidencial, como resultado de uma democracia que, de fato, reflita os anseios sociais. Desde meados da década de 80, a América Latina foi campo de uma série de reformas constitucionais, das quais buscaram um afastamento das experiências políticas dos EUA e da Europa, aproximando-se da ideia de soberania popular que, nem sempre foi princípio basilar às constituições, buscando resguardar a sociedade de governos ditatoriais e autoritários, como ocorrido ao longo do período anterior ao regime democrático.

Em seguida, dividir-se-á a última parte trazendo experiências constitucionais – Paraguai, Uruguai, Panamá, Nicarágua e Venezuela – demonstrando disposições constitucionais que permitam tais responsabilizações.

O resultado do presente texto foi fruto de debates e reflexões conjuntos, promovida pelo PIC – UniFacol, feitas através de revisões bibliográficas de autores especializados na temática.

1. Teoria da Separação dos Poderes

Tratar sobre o sistema de governo democrático exige, primeiramente, uma compreensão acerca de seus fundamentos teóricos. A ideia de democracia encontra amparo na teoria da tripartição de poderes, desenvolvida por Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, inspirada nas reflexões políticas aristotélicas e do pai fundador do liberalismo, John Locke⁴. Nela o autor traz a percepção de que os três poderes que formam o Estado, o Legislativo, Executivo e Judiciário, devem, em tese, ser harmônicos e independentes entre si, possuindo, ao mesmo tempo, características de indivisibilidade, unidade e indelegabilidade.

Aristóteles, discípulo de Platão, foi o pioneiro na abordagem conceitual concernente à separação de poderes. Em sua obra *A Política* o pensador esboçou que as tomadas das decisões estatais seriam feitas por

⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

órgãos separados, exercendo funções distintas. Ele entendia que a atribuição do poder a uma única pessoa era injusta e perigosa. Sendo o poder deliberativo incumbido dos negócios do Estado e exercido pela assembleia dos cidadãos; o Executivo ligado a administração estatal; e o Judiciário, que possui a função jurisdicional.

Em sua obra Segundo Tratado Sobre o Governo Civil (2001), Locke defende a existência de três poderes, onde o Poder Legislativo se sobrepõe aos demais, o Poder Executivo incumbido de aplicar as leis internas e o Poder Federativo que, vinculado ao Executivo, cuidava das relações de governança internacional.

Pela conjectura de Montesquieu em O Espírito das Leis (1748), somente o poder é capaz de limitar o próprio poder. Neste sentido, propôs que o detentor do Poder que cria leis, não pode executá-las e quem as executa, não pode decidir acerca de sua constitucionalidade. Suas reflexões convergiram com a proteção ao Estado e às instituições, contra ingerências dos líderes do regime absolutista. Porém, as ideias só vieram a ser efetivamente consolidadas após a Segunda Guerra Mundial.

O constitucionalismo moderno surgiu com as revoluções burguesas, influenciadas pelo período Iluminista, rompendo com o arbítrio do Estado Absoluto. Iniciou-se na Inglaterra em 1688, EUA 1776 e França 1789, estabelecendo-se então um novo contexto social, político e econômico, o qual deu ensejo ao Liberalismo, que é baseado na ideia de limitação às intervenções do governo perante os indivíduos, baseado nos pensamentos da filosofia lockeana. O novo constitucionalismo, pós-revoluções, sugere um modelo institucional de limitação jurídica do poder político, através do sistema de freios e contrapesos, o qual busca dar efetividade à separação de poderes, que é a base do Estado Democrático de Direito.

Tendo como pressuposto a autonomia e controle simultâneo, cada poder possui uma atribuição típica e outra atípica. Aquela dispõe de poderes próprios, sem necessitar de sanção de outro poder e esta atua verificando as ações do outro, limitando o abuso do poder institucional. Sendo assim, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) tem

como ideia fundamental a capacidade de um poder impor limitações ao outro, trazendo moderação e liberdade política. Este mecanismo de controle institucional funciona nos EUA, de modo que não existe, de fato, um governo de poderes separados, mas um governo com instituições separadas que compartilham o poder.

A teoria tripartite fez e, continua fazendo, parte do processo de consolidação democrática latino-americana, apesar de toda instabilidade política e jurídica que a sociedade civil enfrenta.

2. Premissas para a compreensão da conjuntura política e constitucional na América Latina

Conforme apontado por Giovanni Sartori⁵, a América Latina concentra a maioria dos países presidencialistas e, no geral, o cenário é de fragilidade e instabilidade. Este sistema anda de mãos dadas com a forma de governo republicana, não havendo espaço para que um monarca, com cargo vitalício e hereditário se perpetue no poder. Montesquieu (1748) definiu três espécies de governo: o Republicano, onde o povo ou parte dele possui o poder soberano; o Monárquico, onde um só governa amparado por leis fixadas; o Despótico, onde um só governa, sem lei nem regras.

Na República, todo poder emana do povo, sendo estes responsáveis na escolha dos representantes, aos quais serão atribuídos de poderes para governar, durante um período de, geralmente, 4 (quatro) anos, havendo previsibilidade de reeleição em alguns países. Uma república democrática tem como característica basilar a equidade entre os povos – o poder soberano pertencendo a uma parte do povo é denominado como Aristocracia. Nas palavras de Paulo Bonavides⁶ “O sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de

⁵ SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 115.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2016, p. 245.

participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública”.

No sistema parlamentarista democrático, o Poder Legislativo fica incumbido das atribuições que, no sistema presidencialista, caberia ao Executivo. Chefe de Estado e Chefe de Governo são figuras políticas diferentes. O Primeiro-Ministro fica à frente do Poder Executivo e é escolhido pelo Parlamento, através do partido político que alcançou maioria no Congresso, caso contrário, faz-se necessária a formação de alianças.

O Primeiro-Ministro pode ser destituído do cargo, através do voto da maioria parlamentar, ou seja, ele sempre estará vinculado à vontade parlamentar, seja para ascender ao cargo seja para manter-se nele. A separação de poderes aqui fica menos evidente, tendo em vista que apenas o Parlamento é eleito, mas o Chefe do Poder Executivo não dispõe de legitimidade democrática direta.

Giovanni Sartori definiu que para existência de um Presidencialismo puro, a escolha do Presidente deveria, necessariamente, ser feita mediante eleição popular, por voto direto – o EUA é por voto indireto – com mandatos fixos, de modo que o mandato presidencial só é interrompido em casos de renúncia, falecimento ou impeachment (*juicio político*). Neste sistema não existe a dupla autoridade, pois o chefe do Executivo acumula as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado:

(...) um sistema político só é presidencialista se o chefe de Estado (o presidente): É escolhido em eleição popular; Durante o seu mandato não pode ser demitido por votação parlamentar; e Chefia ou de alguma outra forma dirige os governos que nomeia⁷.

O presidencialismo, a rigor, tem as suas características dentro de cada arranjo institucional, não sendo possível, inicialmente, apontar uniformidade em todos os aspectos. No Brasil, por exemplo, o sistema de

⁷ SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 99.

governo ficou conhecido como Presidencialismo de Coalizão, termo criado por Sérgio Abranches em 1988⁸. O autor já chamava atenção à dificuldade institucional enfrentada pela organização política para amparar os anseios e interesses de uma sociedade plural e suas exponenciais demandas.

Daí se falar da combinação perigosa ensejada pelo sistema eleitoral falho do país, qual seja, a fragmentação partidária e representação proporcional para distribuição de cadeiras no parlamento. Para que o governo não seja inoperante, ele precisa de uma base, ou seja, da maioria parlamentar. Os partidos políticos formam alianças para efetivar objetivos através de negociações - entre elas os ministérios e uma infinidade cargos administrativos. A instabilidade e falta de governabilidade são problemas recorrentes do multipartidarismo, restando clara a necessidade de reformas de eleitorais, bem como do enxugamento da máquina pública⁹.

A alteração da ordem constitucional latino-americano se deu com a transição de regimes autoritários para os democráticos, sob a influência dos processos políticos internacionais enfrentados pelos EUA e Europa, de forma que o constitucionalismo latino-americano foi pautado num modelo homogêneo e uniformizador, nos moldes das ideias liberais acerca do Estado Democrático de Direito.

Visando afastar características constitucionais baseadas em sociedade alheias à América Latina, promoveu-se uma espécie de mutação constitucional, havendo uma releitura e adaptações daqueles marcos teóricos inseridos em um conteúdo jurídico-político compatível com a realidade regional, além de criar seu próprio marco histórico-cultural-

⁸ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n1, 1998, pp.5. a 34.

⁹ Trinta anos após a publicação do clássico artigo sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil, Sérgio Abranches publicou livro revisitando a sua teoria para apontar que mudanças no sistema de governo brasileiro, por exemplo, para o parlamentarismo, não teriam o condão de solucionar problemas estruturais do país. Para o autor, eventuais mudanças legais não solucionariam demandas que estão inseridas no campo da sociologia política. Há interações entre a política, economia e sociedade que levam ao clientelismo e fisiologismo, sem que se alcance a formação de coalizões com verdadeiras alianças programáticas e ideológicas. Para aprofundamento do debate, ver: ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão. Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

constitucional através do rompimento com o pacto constitucional liberal-conservador¹⁰.

O novo Constitucionalismo Latino-americano surgiu ao final do século XX buscando um modelo político-institucional próprio pautado numa emancipação das influências e vícios dos modelos europeus e norte-americanos. Todavia, não há o que se falar em rompimento, considerando que, ao longo da história tais ideias democráticas foram agregadas e enraizadas à ideia do constitucionalismo, de modo que fazem parte de sua origem.

Emerge um modelo do direito constitucional orientando e adequando as práticas institucionais à realidade social, cultural e étnica que são peculiares do continente. Ou seja, as diversas vertentes e das camadas sociais foram analisadas, buscando-se amparar e garantir a inclusão dos setores que, anteriormente, não eram relevantes para o ordenamento jurídico-político. As experiências constitucionais trazidas nos textos das constituições Boliviana e Equatoriana são arquétipos que demonstram o processo de mutação, rompimento e abrangência da nova ordem institucional sugerida pelo movimento, como é o caso da tutela dos indígenas, que, segundo Fajardo¹¹, tiveram seus direitos reconhecidos, autenticando a diversidade cultural.

A ideia do constitucionalismo também aproximou o povo e a política, prevendo mecanismos como plebiscitos e referendos que, embora pouco eficazes, servem como mecanismo de consulta popular. Salvo no caso da Venezuela, que possui o mecanismo do referendo revogatório, o qual permite a destituição das autoridades públicas por meio de decisão popular (Constituição de 1999), os países latino-americanos não possuem

¹⁰ No Brasil, a Constituinte ainda inseriu na CF/88 uma série de privilégios para as diversas classes organizadas que atuaram no processo de criação do novo texto constitucional. Isso resultou em um texto que incorporou diversos privilégios das classes e corporações dominantes, além de estabelecer um sistema político fragmentado, dotado de diversos mecanismos de controle das decisões majoritárias (VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 24.).

¹¹ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

tal instrumento de responsabilização que sejam puramente políticos – como o *recall* – os quais passem por processos simplificados e com menos custo político-institucional para o país, como acontece com o *impeachment*. Este ocorre quando autoridades praticam crime de responsabilidade, decorrente de grave infração político-administrativa. Dito isto, fica evidente que a ausência deste mecanismo democrático inviabiliza a participação dos eleitores durante o mandato dos eleitos, cerceando o direito opinarem acerca do mandato do eleito.

Sobre o *recall*, explana Paulo Bonavides¹² que “É a forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”.

Analisando o sistema presidencialista latino-americano, fica evidente a relação com a instabilidade, às crises econômicas, sociais, culturais, políticas e institucionais, das quais, sequer, o próprio sistema consegue suportar e criar mecanismos de combate. Um dos responsáveis por tal fragilidade é o próprio sistema partidário que abre margem às discrepâncias existentes no multipartidarismo. As prolixas constituições, pautadas em vastidões de direitos e garantias os quais findam proteger e resguardar os cidadãos, bem como o Estado, inviabiliza o alcance da concretude das promessas constitucionais em razão da magnitude das previsões. Todo esse paternalismo estatal somado ao poderio presidencial, atribuído pelas Cartas Magnas, permitiu que governos populistas se perpetuassem no poder, promovendo verdadeiros assaltos aos cofres públicos de vários países do continente, nos últimos anos.

O movimento, no geral, fortaleceu a figura do Presidente da República. A força política presidencial, gerada pelas atribuições constitucionais, é denominada, pejorativamente, como hiperpresidencialismo. Todavia, também foram estabelecidos mecanismos de controles paralelos, feitos por instituições, a fim de prevenir eventuais abusos, como é o caso do *impeachment*, no Brasil, onde, por motivos de crime de responsabilidade administrativa, o Presidente é denunciado – que

¹² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2016, p. 313.

pode ser feita por qualquer cidadão munido de provas – e seguido à formalização precede a instauração do processo.

A instabilidade democrática nos países da América latina pode ser melhor compreendida se for observada a partir da Teoria dos Jogos. Essa teoria está correlacionada à tomada de decisões, uma vez que a partir de estratégias específicas é possível prever consequências oriundas de determinadas ações, passando a ser considerada no âmbito político como instituto que avalia as interações políticas que, na maioria das vezes, não são colaborativas, favorecendo um “desgoverno”¹³.

Destarte, na gênese do novo constitucionalismo latino-americano, temos uma tentativa de promover a extinção da desigualdade na estrutura política, de modo que suas assembleias constituintes, contam com a participação e inclusão do povo no processo decisório da vida política do Estado, gerando um novo quadro institucional. Mas uma vez, tal integração não garante que, de fato, que o Estado cumpra tais disposições constitucionais, visto que o controle desses mecanismos propostos segue nas mãos das instituições, que muitas vezes agem em interesse próprio.

3. Descrição constitucional dos mecanismos de julgamento político nos países da América Latina

O julgamento político ou *impeachment* tem origem anglo-saxônica, criado na Inglaterra e EUA. Trata-se de um julgamento o qual pressupõe acusação de um crime político-administrativo, a denúncia e o processo, sendo assegurados ampla defesa e contraditório. O Poder Legislativo fica incumbido de avançar com o processo de *impeachment*, sendo ele o órgão que investiga, julga e condena o Presidente da República. O objetivo primordial é averiguar a existência de responsabilidade política cometida pela autoridade infratora. Sendo assim, o julgamento político do

¹³ BARROS, Ana Tereza Duarte Lima de. A armadilha da democracia direta: uma análise qualitativa dos poderes legislativos do presidente na América do Sul. 2017. *Dissertação de Mestrado*. Universidade Federal de Pernambuco, p. 26.

Presidente da República, nada mais é que o processo em que o Congresso delibera com a finalidade de destituí-lo do cargo.

Nos países latino-americanos, a maioria das Constituições dispõe deste mecanismo legal. Concernente à abrangência e imposições do instrumento de responsabilização, há uma variação de acordo com a previsão constitucional do país.

Aníbal Pérez-Liñán¹⁴ identificou três modelos de responsabilização presidencial previstos nas respectivas constituições dos países latino-americanos. O modelo inspirado na Constituição dos EUA há uma prevalência do Legislativo, de forma que cabe tão somente ao Congresso decidir acerca da permanência ou não do Presidente. Outro modelo é a possibilidade de o Congresso fazer uma acusação e a decisão de ir à frente com esta, fica incumbido ao Judiciário. Por fim, o último modelo seria o misto, onde há uma atuação equânime, tanto do Legislativo, quanto do Judiciário.

Se, em tempos passados, ocorriam golpes militares com intervenções das Forças Armadas, em períodos recentes, por outro, identificou-se novas formas de intervenções políticas recíprocas, tendo os Legislativos e Executivos no centro do debate. Nada obstante essa constatação, intervenções militares, autogolpe e os chamados golpes legislativos são modos de resolução de crises presidenciais no contexto da América Latina¹⁵. Este último modo, portanto, interessa-nos, notadamente, porque os modos de destituições dos Presidentes estão a ocorrer a partir de certo “controle de qualidade” das políticas praticadas nos governos presidenciais, aproximando o modelo latino do parlamentarismo. Seria uma espécie de “presidencialismo parlamentarizado”.

O Presidente Fernando Lugo foi eleito no ano de 2008 sendo, à época dos fatos, o primeiro Presidente paraguaio não filiado ao Partido Colorado. O respectivo partido conquistou as massas no Paraguai trazendo consigo

¹⁴ PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Juicio Político o golpe Legislativo? *Sobre las crisis constitucionales en los años noventa*. 2000, América Latina Hoy, Vol. 26.

¹⁵ PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política em América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 94-97.

um forte ideal nacionalista, suscitando esperança popular no sentido de conter as fragilidades socioeconômicas decorrentes do pós-guerra. Por 15 anos (1947-1962) os paraguaios viveram em uma espécie de “hegemonia colorada”, a qual foi destituída com a eleição do ex-bispo Fernando Armindo Lugo de Méndez.

A Constituição da República – presidencialista – *del Paraguay*, em seu artigo 225, entendeu que somente serão submetidos a *juicio político* os presidentes que demonstrarem mal desempenho de suas funções, por delitos cometidos *en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*, sendo substancial a votação da maioria de dois terços na Câmara de Deputados e, posteriormente, no Senado para apurar a responsabilização do chefe do executivo. Ocorre que o caráter subjetivo do texto normativo colaborou para que forças políticas se unissem no Parlamento visando à destituição de Fernando Lugo.

O processo de *impeachment* sofrido por Fernando Lugo teve como quórum de votação 76 votos a favor e um contra na Câmara dos Deputados e maioria de 39 a quatro no Senado. Iniciado o processo de *impeachment*, a manutenção do presidente no poder está adstrita às forças políticas concebidas com o parlamento. Apesar disso, as coalizões realizadas pelo ex-bispo restaram precárias. O próprio Partido Liberal Radical Autêntico (PLRA) uniu-se ao partido Colorado – um forte opositor de Lugo – para pleitear a destituição do Presidente.

O Presidente Fernando Lugo assumiu logo após sessenta anos de liderança do Partido Colorado. Considerando a hegemonia de que dispunha o respectivo partido político, necessária seria a formação considerável de alianças com outros partidos. Em que pese países como Venezuela, Argentina e Equador creditarem a saída precoce do Presidente Fernando Lugo como sendo um “golpe de estado”, é preciso considerar que a própria conjuntura política do *impeachment* adotada na Constituição paraguaia confere flexibilidade ao processo de destituição presidencial, uma vez que não há descrição concisa sobre o que seja mau desempenho presidencial. É justamente o dispositivo constitucional que confere brechas

ao Parlamento para que invista na oposição e consequente deposição do Presidente.

Observa-se que o cenário de instabilidade entre Executivo e Legislativo torna a repetir-se. É o que se denota quando da análise do atual cenário político do Paraguai. O atual Presidente do Paraguai, Mario Abdo Benítez, enfrenta uma conjuntura política de notável visibilidade e participação da oposição no parlamento. O partido Colorado, do qual é signatário, sofreu diminuição de duas cadeiras no Congresso ao passo que os partidos aliados ao ex-presidente Fernando Lugo aumentaram sua extensão na bancada parlamentar. Trata-se, portanto, do grande estorvo do sistema presidencialista: as maiorias divididas. É o caso de o Presidente Mario Benítez flexibilizar algumas metas do seu governo para obter as coalizões necessárias, e, assim, alcançar a aprovação de seus projetos políticos no âmbito legislativo.

No Uruguai, a Constituição foi promulgada em 1967, tendo passado por reformas ao longo dos anos. Em seu artigo 93, a Carta Magna atribui à Câmara dos Deputados o direito exclusivo de acusar o Presidente da República e outras autoridades, perante a Câmara dos Senadores. Conforme o art. 102, CF, o Senado fará um julgamento público e sentenciará a autoridade acusada pelos Deputados, ficando sujeito à perda do cargo, se alcançado o quórum de 2/3 do total de votos dos componentes. Em convergência a isto, o art. 172 determina que, quando a acusação for feita com o apoio de 2/3 dos Deputados, o Presidente será suspenso de suas funções, bem como assenta a determinação de que o Presidente só será acusado na forma do já mencionado art. 93, ou seja, o julgamento político, durante o exercício do mandato ou 6 (seis) meses após o término do exercício.

Artigo 93.- A Câmara dos Representantes tem o direito exclusivo de acusar os membros das duas Casas, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os membros do Supremo Tribunal de Justiça perante a Câmara dos Senadores. Justiça, do Tribunal Administrativo Contencioso, do Tribunal de Contas e do Tribunal Eleitoral, por violação da Constituição ou de

outros crimes graves, depois de ter ouvido falar deles a pedido de uma parte ou de alguns de seus membros e declarado ter resultado em A formação da causa.

Artigo 102.- A Câmara dos Senadores deve abrir um julgamento público aos acusados pela Câmara dos Deputados ou pela Junta Departamental, conforme o caso, e pronunciar uma sentença com o único objetivo de separá-los de seus cargos, por dois terços do total de votos. seus componentes

Artigo 103.- Os réus, que tenham sido separados de seus cargos pela Câmara dos Senadores, de acordo com o disposto no artigo anterior, ficarão sujeitos a julgamento, nos termos da lei.

Artigo 172.- O Presidente da República não poderá ser cobrado, exceto na forma indicada no artigo 93 e, mesmo assim, somente durante o exercício do cargo ou nos seis meses seguintes à expiração do mesmo durante o qual estará sujeito. residir, a menos que autorizado a deixar o país, concedido por maioria absoluta de votos do total de componentes da Assembleia Geral, em uma reunião de ambas as Câmaras. Quando a acusação reunir dois terços dos votos do total de membros da Câmara dos Deputados, o Presidente da República será suspenso do exercício de suas funções” (Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967).

A Constituição da República do Panamá de 1972 passou por duas reformas, uma em 1978 e outra em 1983. Em seu artigo 154, 1, ela dispõe que é função a Assembleia Legislativa conhecer acusações ou denúncias contra o Presidente. O artigo 186 taxa as hipóteses nas quais o Presidente pode ser responsabilizado, que são nos casos de excesso nas funções que lhes são atribuídas; violência ou coerção no processo eleitoral, impedimento de reunião da Assembleia Legislativa ou do exercício de suas funções; crime contra personalidade internacional do Estado ou contra a administração pública. A Constituição delega as penalidades das infrações às leis.

Artigo 154- São funções judiciais da Assembleia Legislativa:

1. Conhecer as acusações ou denúncias apresentadas contra o Presidente da República e os Magistrados do Supremo Tribunal de Justiça; julgue-os se derem origem, por atos executados no exercício de suas funções em detrimento do livre funcionamento do poder público ou de violações da Constituição ou das Leis.

Artigo 186- O Presidente e os Vice-Presidentes da República são responsáveis somente nos seguintes casos:

1. Devido ao excesso de suas funções constitucionais.
2. Por atos de violência ou coerção no curso do processo eleitoral; por impedir a reunião da Assembleia Legislativa; por impedir o exercício das funções deste ou de outros órgãos ou autoridades públicos estabelecidos pela Constituição.
3. Por crimes contra a personalidade internacional do Estado ou contra a administração pública.

Nos dois primeiros casos, a penalidade será a destituição e desqualificação do cargo público pelo prazo estabelecido pela lei. No terceiro caso, a lei comum será aplicada. (Constitución Política de la República de Panamá, 1972).

A CF da Nicarágua trata, de forma genérica, acerca da responsabilidade do Presidente. A Constituição confere à Câmara dos Deputados e, posteriormente, ao Senado, a atribuição de examinar as alegações ou acusações criminais feitas contra o Presidente, nos art. 140 e 145, respectivamente. O art. 146, 1, trata da demissão presidencial, na hipótese de crime praticado no exercício da função, sem prejuízo do eventual processo criminal, a ser julgado pelo STJ, caso necessário. Dispõe ainda em seus arts. 153 e 174, CF, acerca da responsabilidade e seus atos perante o Congresso, em conformidade com a lei. Resta clara a ausência de previsão normativa que trate de forma explícita sobre a saída do presidente.

Artigo 140- Compete à Câmara dos Deputados examinar as alegações ou acusações de crime apresentadas contra o Presidente da República, deputados, senadores, magistrados dos Tribunais de Justiça, presidente e juízes do Conselho Nacional de Eleições, ministros e subsecretários de Estado, agentes diplomáticos e presidente do Tribunal de Contas; e, se eles derem mérito, encontraram neles a acusação correspondente perante o Senado.

As responsabilidades dos funcionários expressas cessam um ano após o término de suas funções, no que diz respeito aos crimes oficiais. Durante esse período, as queixas ou acusações referentes a esses crimes deverão ser examinadas em particular pela Câmara dos Deputados.

Artigo 145- Compete à Câmara do Senado ouvir as acusações apresentadas pela Câmara dos Deputados contra os altos funcionários referidos no artigo

140, depois de ouvido o acusado. Se ele não aparecer, ele será julgado por padrão.

Artigo 146- Quando a Câmara do Senado julgar os altos funcionários acusados pelos deputados, serão observadas as seguintes regras:

1. Se a acusação se referir a crimes cometidos no exercício de suas funções, e a Câmara falhar como um júri a acolher, imporá como penalidade a demissão do emprego, quando apropriado, e a desqualificação para obter acusações públicas pelo tempo que determinar a lei, sem prejuízo de poder continuar com o processo criminal contra o preso perante o Supremo Tribunal de Justiça, se os fatos o constituírem responsável por infração que mereça outra pena.

Artigo 153- Ministros, vice-ministros, presidentes ou diretores de entidades Autônomas e governamentais são responsáveis por suas ações, pelo cumprimento da constituição e das leis.

Artigo 174- O Presidente da República responderá por seus atos perante o Congresso Nacional e gozará das imunidades e prerrogativas referidas nos ordinais 1, 2 e 4 do artigo 125 (Constituição Política da República de Nicarágua, 1948).

A Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999, promulgada durante o primeiro mandato de Hugo Chávez, faz parte do novo Constitucionalismo latino-americano, mesmo que dispendo de abordagens mais sutis, em relação ao Equador e Bolívia. Buscou-se avançar em âmbitos que estavam paralisados, atendendo as reivindicações sociais, tais como: direitos sociais, integração das minorias, democracia participativa. Tal processo foi reflexo dos debates políticos ocorridos nos séculos e anos anteriores, que introduziram o princípio representativo como um dos principais elementos para consolidação da Democracia de um Estado. Para que uma Constituição seja, de fato, legítima, deverá ser baseada nos anseios e proposições da sociedade civil, representados mediante uma Assembleia Constituinte participativa, eleita para este fim.

No texto da CF venezuelana foram introduzidos instrumentos de democracia direta, tais como o referendo revocatório, a consulta popular, a revocatória de mandato, a iniciativa legislativa e a assembleia cidadã. Todavia, o *juicio político*, que tinha previsão na CF de 1961, não se encontra

mais na atual ordem jurídica do país, tendo sido substituído dos mecanismos adequados. De certa forma, essa ausência dessa base jurídica contribuiu para disfunção e deterioração da política no país. A CF/1999 dispõe de um voto de censura que, para tanto, só se aplica ao Vice-Presidente e Ministros.

O artigo 72 da Constituição prevê que todos os cargos eleitos mediante eleição popular, são revogáveis, necessitando do apoio de 20% do eleitorado. Todavia, a Assembleia só pode formalizar uma ação contra o Presidente da República, com o apoio do povo juntamente ao Controlador e Procurador Geral da República, tendo o Supremo Tribunal de Justiça à atribuição de declarar se há ou não mérito para o julgamento, o que dificulta o processo, considerando a hipótese de o Judiciário estar aparelhado, como ocorreu no processo revocatório de Hugo Chávez, onde foram recolhidas 3,4 milhões de assinaturas contra o Ex-Presidente, quando só necessitavam de 2.436.083 assinaturas e, após o período de reparos, 41% dos eleitores, ou seja, 3.989.008 votaram contra.

Artigo 72- Todos os cargos e magistraturas da eleição popular são revogáveis. Após metade do período para o qual o funcionário foi eleito, um número não inferior a vinte por cento dos eleitores registrados no círculo eleitoral correspondente pode solicitar a convocação de um referendo para revogar seu mandato.

Quando um número igual ou maior de eleitores e eleitores que elegeram o funcionário votaram a favor da revogação, desde que um número de eleitores e eleitores igual ou superior a 25% dos eleitores e eleitores registrados tenha participado do referendo, revogará seu mandato e a culpa absoluta será imediatamente coberta de acordo com as disposições desta Constituição e da lei.

A revogação do mandato dos órgãos colegiados será realizada de acordo com as disposições da lei.

Durante o período para o qual o funcionário foi eleito, não pode ser feito mais de um pedido de revogação de seu mandato.

Artigo 222. A Assembleia Nacional poderá exercer sua função de controle por meio dos seguintes mecanismos: interpelações, investigações, perguntas, autorizações e aprovações parlamentares previstas nesta Constituição e na lei e em qualquer outro mecanismo estabelecido por lei e suas Regulamentos No

exercício do escrutínio parlamentar, eles podem declarar a responsabilidade política de funcionários públicos ou funcionários públicos e solicitar ao Poder Cidadão que tente as ações que possam ocorrer para impor tal responsabilidade.

Artigo 266. Os poderes do Supremo Tribunal de Justiça são:

1. Exercer jurisdição constitucional de acordo com o Título VIII desta Constituição.
2. Declarar se há ou não mérito para o julgamento do Presidente ou Presidente da República ou de quem atua como tal e, se assim for, continuar a conhecer a causa prévia autorização da Assembleia Nacional, até o julgamento final.

Artigo 233. As ausências absolutas do Presidente da República são: morte, renúncia, demissão decretada por sentença do Supremo Tribunal de Justiça, incapacidade física ou mental permanente certificada por uma junta médica designada pelo Supremo Tribunal de Justiça e com a aprovação da Assembleia Nacional, o abandono do cargo, declarado pela Assembleia Nacional, bem como a revogação popular de seu mandato.

Quando a ausência absoluta do Presidente eleito ou Presidente eleito ocorrer antes da posse, uma nova eleição universal, direta e secreta será feita nos trinta dias consecutivos seguintes. Enquanto o novo Presidente for eleito e tomar posse, o Presidente da Assembleia Nacional ficará encarregado da Presidência da República.

Quando a ausência absoluta do Presidente da República ocorrer durante os primeiros quatro anos do período constitucional, uma nova eleição universal e direta será feita nos trinta dias consecutivos seguintes. Enquanto o novo Presidente for eleito e tomar posse, o Vice-Presidente Executivo ou Vice-Presidente Executivo ficará encarregado da Presidência da República.

Nos casos anteriores, o novo Presidente completará o período constitucional correspondente.

Se a ausência absoluta ocorrer durante os últimos dois anos do período constitucional, o Vice-Presidente Executivo ou o Vice-Presidente Executivo assumirá a Presidência da República até sua conclusão (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

A partir da metade do mandato de qualquer cargo eleito, é possível a convocação de um referendo revocatório. Caso seja concretizado antes dos dois anos de mandato, o vice-presidente assume o poder, passando desse período, será necessário convocar novas eleições.

Conclusões

O presente trabalho teve por objetivo tecer uma breve análise da conjuntura constitucional de alguns países latino-americanos, permeando seus textos a fim de identificar suas disposições acerca da responsabilização presidencial no curso do mandato. Para tanto, fez-se uma retrospectiva sobre o rompimento com os regimes absolutistas, bem como do desenvolvimento da teoria da separação de poderes, idealizada por Montesquieu, onde os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são harmônicos e independentes entre si, ao mesmo tempo em que possuem suas funções típicas e atípicas, estas servindo como mecanismos de controle.

O novo constitucionalismo latino-americano buscou inovar os textos constitucionais, abraçando ideias e direitos que, anteriormente, não eram previstos. Como reflexo desta inclusão, vem-se recriando o direito constitucional da região. Entretanto, não há relação entre às disposições normativas e sua efetiva realização. Esse simbolismo constitucional abriu margem para que governos populistas ascendessem ao poder.

São muitas as questões colocadas para o movimento do novo constitucionalismo latino-americano e suas disposições, acerca das mais variadas temáticas e, dentre elas, a participação da população na política do país e instrumentos que disponham, diretamente ou através dos Representantes eleitos, sobre a responsabilização do Presidente da República. Como visto, nem sempre as constituições permitem que estes mecanismos sejam viabilizados, principalmente pelo custo político, defasagem jurídico e econômico, bem como a instabilidade social, gerado após a efetivação de um processo de *impeachment* (*juicio político*).

Destarte, buscou-se trazer, no presente trabalho, as ideias e conceitos constitucionais e democráticos concernentes à região Latino-Americana, analisando os mecanismos de responsabilização do Presidente da República, presentes ou não nas respectivas constituições analisadas, bem como ressaltar a necessidade de mecanismos menos custosos ao país,

como é o caso do *recall*, que permita que os cidadãos aprove ou rejeite os representantes eleitos, no curso do mandato, diante de uma desarmonia entre os anseios sociais e as políticas públicas adotadas pelos eleitos.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n1, 1988, pp.5. a 34.
- ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão. Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das letras, 2018.
- BARROS, Ana Tereza Duarte Lima de. A armadilha da democracia direta: uma análise qualitativa dos poderes legislativos do presidente na América do Sul. 2017. *Dissertação de Mestrado*. Universidade Federal de Pernambuco.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2016, p. 245.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista. In: GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Juicio Político o golpe Legislativo? *Sobre las crisis constitucionales en los años noventa*. 2000, América Latina Hoy, Vol. 26.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política em América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Habeas corpus nº 126.292/SP: uma mutação (in)constitucional?

*Natalia Bezerra Valença*¹

*Marina Falcão Lisboa Brito*²

Introdução

O fenômeno da mutação constitucional, sendo um fenômeno informal de mudança, não está expressamente previsto no texto constitucional. Por esta razão, não há que se falar em limitação expressa, formal, à mutação constitucional.

Inicialmente, os autores que primeiro abordaram a temática da mutação constitucional não traziam qualquer preocupação com os limites aos fenômenos, porque entendiam que, sendo uma mudança informal e de natureza fática, onde o intérprete apenas reconhecera o fenômeno, não deveria incorrer de limites jurídicos. O papel do intérprete seria apenas o de reconhecer a ocorrência de uma mudança, fática, na aplicação da norma constitucional, sem participar do processo de construção da mutação constitucional.

¹ Advogada. Mestranda vinculada à linha de Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE. nataliavalencai@hotmail.com

² Advogada. Mestranda vinculada à linha de Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. marinalisboafb@gmail.com

Entretanto, como o próprio conceito de mutação constitucional traz a necessidade de concordância entre a mudança e o texto escrito, logo se percebeu a importância de conhecer os limites a este fenômeno, e ainda, que o papel do intérprete não se limita apenas ao reconhecimento da mudança, mas ainda, da própria construção interpretativa que resulta na ocorrência do fenômeno.

Neste sentido, o alemão Hermann Heller, um dos precursores desta análise - dos limites à mutação constitucional - entendia que, se a mutação constitucional deve ocorrer no interior da norma, no cerne do significado do texto, e não no texto escrito em si, os seus limites se encontrariam dentro da própria normatividade:

A limitação da mutação constitucional ocorre quando a modificação do conteúdo da norma é entendida como uma mudança "dentro" da própria norma constitucional, não como uma consequência de desenvolvimentos produzidos fora da norma da Constituição. (trad. livre)³

Neste sentido, compreendendo que a mutação constitucional não significa uma carta branca ao intérprete, um fenômeno despido de limites, passa-se à análise do caso paradigmático, o Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP, julgado em fevereiro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e de precedentes sobre a possibilidade de execução de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado.

A importância do caso abordado se dá pelo fato de ter o Tribunal, desde a promulgação da CF/88, se manifestado de formas distintas sobre o tema e, por vezes, ter alegado que se tratariam de “mutações constitucionais”.

É possível que as interpretações constitucionais que são declaradas, pelo intérprete, como “mutações constitucionais”, não observem os limites ao fenômeno, resultando nas chamadas “mutações

³ Texto original: El limiar de lamutación constitucional se dá cuandolamodificacióndelcontenido de la norma es comprendida como cambio 'enel interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollosproducidosfuera de lanormatividad de laConstitución. (HELLER, Hermann apud BULOS, UadiLammégo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89)

inconstitucionais”, que, conforme as palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴, constituem verdadeiras violações à Constituição:

As violações à Constituição assumem forma variada. Impossível registrá-las todas. Mencionem-se, portanto, algumas delas: as interpretações constitucionais legislativa, judicial e administrativa que, ao atuarem, contrariam a Constituição; as práticas ou costumes contra constitutionem - processos esses que se contrapõem aos de mutação constitucional em razão das falhas apontadas. De outro lado, agrupam-se processos, violentos ou não, que podem ou não, ter, no início, base constitucional e que provocam, como resultado, mutações inconstitucionais multifárias: suspensão da Constituição, ilegitimidade do exercício do poder ou, como ultima ratio, a supressão da Constituição. Esses processos são examinados pela doutrina sob titulação variada: golpes de estado, ditaduras, revoluções.

Importa ressaltar que a mutação inconstitucional não necessariamente significa um rompimento com a Constituição de modo definitivo. Por vezes, trata-se de violação pontual à Constituição, que esgota-se na inconstitucionalidade da interpretação normativa conferida ao caso concreto. Por outro lado, é possível que a mutação inconstitucional atinja frontalmente preceitos fundamentais do Estado, ganhando assim uma relevância maior e ensejando, ao final, um controle sobre a questão.

No caso analisado no presente artigo, trata-se de uma interpretação conferida, pelo STF, ao artigo 5º, LVII, da Constituição, que, na realidade, constrói um sentido que contraria o próprio texto escrito, não podendo portanto, ser chamada de “mutação constitucional”.

No caso do HC 123.292/SP, é possível identificar pelo menos duas violações a esses limites.

O primeiro e menos controvertido destes limites, relaciona-se ao texto constitucional. A mutação não pode justificar alterações que contradigam o texto constitucional, devendo ocorrer no âmbito das possibilidades interpretativas fornecidas pelo mesmo. Para alterações que dependam de

⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. 2 Ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 244.

mudança do texto, o caminho apropriado é a emenda constitucional, desde que não afronte cláusula pétrea⁵.

A interpretação contraria o texto escrito. Esse é o primeiro limite ao fenômeno, e decorre, inclusive, do seu próprio conceito. Se a mutação constitucional ocorre na instância da significância da norma, ela só deve ocorrer dentro das possibilidades interpretativas da linguagem do próprio texto. Não pode atribuir um significado contrário ao que está escrito, mas somente atribuir um novo sentido diferente do que havia sido dado antes.

A Constituição é clara e objetiva ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁶. Se não é possível considerar o condenado como culpado, antes do trânsito em julgado da condenação, não é possível, portanto, que o mesmo inicie o cumprimento de sua pena. Nesse sentido, foi o voto divergente do Min. Marco Aurélio de Melo:

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção.

Além da violação ao próprio texto escrito da Constituição, a interpretação viola a lógica de proteção constitucional das cláusulas pétreas. A CF/88, em seu art. 60, §4º, traz matérias que não podem ser

⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 356.

⁶ BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 15 ago. 2019

extintas ou serem alteradas de modo a reduzir o seu alcance. Apesar de o artigo falar expressamente acerca de “emendas constitucionais”, se tal limitação aplica-se às reformas formais do texto, as mudanças informais também devem observar tal limite.

Se a ordem constitucional não admite alterações, tendentes a abolir as cláusulas pétreas, por meio de emendas formais, não é possível admitir que tais modificações poderiam se dar por meio de processos informais de mudança. Não é possível permitir que se poderia interpretar que as cláusulas pétreas deixaram de ser cláusulas pétreas.

Portanto, se, por um lado, é certo que o sistema constitucional e as cláusulas pétreas impõem limites à mutação constitucional, não é menos correto, por outro, que dito sistema e as referidas cláusulas também se abrem, em alguma medida, a processos informais de mudança da Constituição. A mutação, todavia, jamais poderá significar ruptura com o sistema plasmado pelo constituinte, ou desrespeito ao sentido mínimo das cláusulas pétreas. Quando este quadro se configurar, a hipótese já não será de mutação, mas de violação à ordem constitucional.⁷

Assim, é possível identificar que a matéria objeto de estudo de caso concreto no presente trabalho, confere subsídios para qualificar a interpretação dada pelo STF na análise do HC n^o 126.292/SP como uma mutação inconstitucional, por violar o próprio texto da Constituição, e ainda, por desrespeitar os limites constitucionais das cláusulas pétreas, sendo contrário ao art. 6^o §4^o, IV, da CF/88, uma vez que reduz o alcance de direito individual, o que não poderia se dar por mudança interpretativa.

1. Os precedentes do STF sobre a prisão em segunda instância

Analisando a jurisprudência do STF, é possível identificar que a Corte, após a promulgação da CF/88, se manifestou sobre a execução da

⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 359.

pena, antes do trânsito em julgado, pelo menos em quatro momentos distintos.

No ano de 1989, em sua primeira manifestação sobre o tema, no HC nº 97.248/MG, de relatoria do então Min. Aldir Passarinho, o STF decidiu, de forma unânime, que seria compatível com o texto constitucional o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Na época, os ministros entenderam que, existindo duas análises acerca da culpa do réu, estaria garantida aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, e do devido processo legal, sendo o trânsito em julgado dependente apenas de recursos não ordinários (Recurso Especial para o STJ, e Recurso Extraordinário para o STF) a partir de então.

O entendimento então firmado foi mantido na análise do HC nº 68.726/DF, de relatoria do Min. Néri da Silveira, em 1991, onde, novamente por unanimidade, os ministros entenderam “não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena”⁸.

Em ambos os casos, o que houve foi apenas o Supremo, em sua atribuição de intérprete da Constituição, interpretando o art. 5º, inciso LVII, da Carta Maior, para definir seus limites e o alcance da norma. Não há que se falar, no caso, em mutação constitucional, mas tão somente em interpretação da norma em questão, ainda que, conforme explicitado no item anterior, tal interpretação viole a própria Constituição.

O primeiro caso em que o plenário do STF, ao analisar a questão da “prisão em segunda instância”, conferiu um alcance maior à proteção prevista no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, foi em 2009, no julgamento do HC nº 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau.

Neste caso, ao contrário do que ocorrera anteriormente, há que se falar em mutação constitucional, pois o STF atribuiu um novo significado à norma. É neste sentido o voto do próprio relator no referido HC:

⁸ STF - HC nº 68.726/DF, rel. Min. Néri da Silva, RTJ 133/280 - RTJ 138/216 - RTJ 142/855 - RTJ 142/878 - RTJ 148/429.

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional⁹.

Tem-se, no HC 84.078/MG o primeiro caso de mutação constitucional, exercida no STF, acerca da possibilidade de execução do acórdão penal condenatório, antes do trânsito em julgado.

No caso, entendeu-se coerente, com o texto da Constituição, bem como com a realidade social da época, que não seria possível que alguém, apenas com a condenação penal em segunda instância, desse início ao cumprimento da pena, uma vez que estar-se-ia relativizando, contrariamente ao texto constitucional, o princípio fundamental da presunção de inocência.

Observe-se que neste caso, ao contrário do que ocorreu no precedente, e ainda, no caso paradigmático objeto do presente artigo, atribuiu-se à norma uma interpretação expansiva do alcance da garantia fundamental, não havendo violação ao art. 6o, §4º, IV, da Constituição, não ultrapassando os limites do significado do texto escrito.

O entendimento permaneceu vigente, sem maiores questionamentos, até o julgamento em plenário do HC nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki. A partir deste novo HC, o Supremo passou a adotar o entendimento firmado antes do HC nº 84.078/MG, ou seja, de que é compatível com a Constituição a “prisão em segunda instância”.

Neste novo caso, porém, é necessária uma análise mais cautelosa dos fundamentos da decisão e dos fatores que influenciaram a decisão dos ministros, pois, apesar do alegado pelo relator em seu voto, não se está diante de uma hipótese de mutação constitucional, mas de uma mutação inconstitucional.

⁹ STF - HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, DJ de 05.02.2009.

A suposta mutação, segundo o Min. Luiz Roberto Barroso em seu voto, justificar-se-ia por “anseios da população”. Contudo, conforme abordado no item anterior, a utilização da mutação constitucional não significa uma carta em branco para o intérprete, e não pode, assim, depender apenas da percepção do próprio julgador, mas deve observar os limites impostos ao fenômeno.

No HC anterior, de número 84.078/MG, em seu voto, o então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, que acompanhou o relator preocupou-se em levar ao plenário os dados do Conselho Nacional de Justiça, a fim de demonstrar a mudança da realidade social que teria ocorrido, para justificar a mutação constitucional. Nas palavras do Min.:

Eu tenho dados, decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça, que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade, o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São quatrocentos e quarenta mil presos (dados de 2008), dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios. Muitos deles há mais de dois, há mais de três anos, conforme se tem encontrado nesses mutirões do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, se nós formos olhar por Estados, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar alguns Estados com oitenta por cento dos presos nesse estágio provisório¹⁰.

Tem-se, portanto, que no primeiro caso, o HC nº 97.248/MG de 1989, o STF realizou uma interpretação constitucional, no segundo caso, o HC nº 68.726/DF, de 1991, o entendimento já firmado foi mantido. Já em 2009, na terceira manifestação do plenário sobre a matéria, no HC nº 84.078/MG, o STF realizou uma mutação constitucional, e atribuiu um novo significado ao texto constitucional, atendendo, segundo os votos vencedores, às mudanças ocorridas na sociedade, desde a promulgação da Constituição, e sem violar os limites à mutação constitucional.

Em 2016, porém, o STF mudou o posicionamento, passando a adotar o que se entendia antes do precedente de 2009. Contudo, nesse caso, a

¹⁰ STF - HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, DJ de 05.02.2009.

mudança interpretativa da Corte não pode ser considerada uma mutação constitucional, por deixar de observar os limites ao fenômeno.

Além de não haver qualquer preocupação em demonstrar mudanças na sociedade que justificassem a mutação constitucional, a mudança no entendimento do STF ocasionou uma restrição no alcance do disposto no art. 5º inciso LVII, o que viola o art. 60, §4º, da CF, que seria uma limitação material à mutação constitucional.

2. O STF no centro do debate político

Conforme fundamentado até o momento, a tese da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado do acórdão condenatório, não é compatível com a CF/88, por violar o art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

Além disso, não poderia a mudança de interpretação, no caso, se dar por via de mutação constitucional, uma vez que há vedação material a tal modificação no art. 60, §4º, IV, da Constituição, e ainda, tal interpretação contraria o próprio texto escrito. Apesar disso, a mais alta Corte do país decidiu dessa forma, e, sendo a última instância do Poder Judiciário, sua decisão não pode ser objeto de novo recurso.

A CF/88, no sentido de dar concretude a direitos e princípios, notadamente conferiu ao STF papel central, o que acabou possibilitando uma expansão da atuação do Tribunal, especialmente no tocante à revisão judicial. Diversas vezes, porém, diante da dinâmica das relações institucionais, a ideia de separação entre os poderes se vê prejudicada, uma vez que a partir da judicialização da política, o Judiciário tem se tornado cada vez mais protagonista.

Apesar da lógica da separação dos poderes, com o equilíbrio idealizado no sistema de freios e contrapesos, historicamente houve sempre uma hipertrofia do Executivo, mas após o fim do regime militar, a desconfiança em relação a este poder, e ainda, os graves escândalos de

corrupção que permeiam o Legislativo, a judicialização das relações políticas e sociais tem levado o STF ao centro dos debates políticos.

O ativismo judicial se evidencia nesse cenário, muitas vezes diante da atuação do STF não apenas na revisão judicial de atos manifestamente inconstitucionais, mas também na fiscalização ampla das ações e das omissões dos demais poderes.

Buscando facilitar a aceitação de seus entendimentos, em suas decisões, os ministros evidenciam uma preocupação com o apoio. A grande questão se coloca quanto ao cabimento de tal preocupação nas decisões, uma vez que contraria o caráter contramajoritário que deveria ser exercido pelo STF.

A crítica quanto à legitimidade democrática da atuação contramajoritária, feita por Alexander Bickel, se fortalece nesse cenário. Para o autor, quando o Tribunal atua revendo um ato do Legislativo ou do Executivo, está atuando contrário aos representantes – eleitos pela maioria – e, portanto, contra o povo. Assim, a atuação judicial em sede de revisão judicial deve ser minimalista, uma vez que a ausência de legitimidade dessa atuação torna necessária, ao que for possível, a não atuação da Corte¹¹.

Ainda neste sentido, segundo James Bradley Thayer, quando a revisão judicial se fizer de fato necessária, deve se ater a questões puramente jurídicas, não podendo, portanto, o julgador decidir acerca de escolhas políticas ou meramente discricionárias¹². Na realidade brasileira, quanto à legitimidade dessa atuação, há de se observar a previsão constitucional que confere ao STF a “guarda da constituição”, além do papel desta Corte na proteção dos direitos fundamentais¹³, com respeito à vontade das maiorias, mas impedindo uma supressão de minorias.

¹¹ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Indianapolis: Yale University Press, 1986, p. 71.

¹² THAYER, James B. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. In: Harvard Law Review, v. 7, n. 3, oct. 1893, p. 134-135.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: (Syn)Thesis, v. 5, 2012, p. 28.

Em determinados casos a Corte tem atuado nesse sentido, de proteção dos direitos e garantias, e ainda, interpretando a Constituição de acordo com sentidos mais progressistas. No entanto, o que se vê no caso da “prisão em segunda instância”, é que o sentimento popular punitivista conduziu a Corte à decisão, que desenhou uma mutação inconstitucional para atender a estes anseios populares.

É o que se pode identificar no caso do HC 152.752/PR, onde o paciente era o ex- presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva. A partir dos votos dos ministros, bem como pela pressão da mídia, pode-se constatar a preocupação com a opinião pública, com as repercussões do caso, e não apenas com as questões propriamente jurídicas. Neste sentido, o Min. Celso de Mello, em seu voto, ressalva o seguinte:

Se é certo, portanto, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal¹⁴.

No caso em tela, o HC 152.752/PR, a Corte não realiza uma nova mutação constitucional, mas apenas reafirma o precedente sobre a matéria, firmado no HC 126.292/SP. No entanto, além de reiterar a inconstitucionalidade já firmada, o novo HC evidencia a preocupação, de caráter não jurídico, com as consequências e as repercussões políticas da decisão a ser proferida.

Diante do protagonismo da Corte, da crise política e da judicialização das relações políticas e sociais, cada vez mais as decisões trazem a preocupação com suas consequências e com apoio popular, o que tem influenciado os resultados, e levado, por vezes – como no caso ora

¹⁴ STF - HC n° 152.752, rel. Min. Edson Fachin, DJE de 27/06/2018.

analisado – a Corte a realizar interpretação contrária à própria Constituição.

Conclusões

As considerações tecidas neste artigo visam demonstrar que o estudo do fenômeno da mutação constitucional, levando em consideração a necessidade e a importância de garantir limites para tais modificações constitucionais, permitem compreender a sua utilidade, enquanto forma de atualização da norma.

Por outro lado, é possível identificar os riscos do uso equivocado do instrumento, que pode ocasionar desde violações pontuais à Constituição, até mesmo rupturas com a ordem constitucional.

Neste sentido, através da análise empírica qualitativa dos precedentes do STF, mostra-se problemática a forma como a teoria da mutação constitucional, por vezes, é aplicada. No caso objeto do presente artigo, foi possível identificar que ocorreu uma mutação inconstitucional, ainda que, em seus votos, alguns ministros tenham defendido que se trataria de uma mudança de interpretação em conformidade com a Constituição.

O protagonismo do STF, por sua vez, coloca a Corte no centro do debate político, e a opinião pública, por vezes, pressiona a instituição, levando-a a decidir de determinadas formas, contrariando o seu caráter contramajoritário, e ainda, impulsionando a utilização de mecanismos legítimos de interpretação – como a mutação constitucional – para justificar uma interpretação contrária ao próprio texto constitucional.

Entretanto, apesar da experiência constitucional que se constata no estudo de caso do presente artigo, conclui-se que se deve insistir nos limites à mutação constitucional, como forma de combater o seu uso indiscriminado e equivocado, e assim, evitar violações à Constituição.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: (Syn)Thesis, v. 5, 2012.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. Indianapolis: Yale University Press, 1986.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 ago. 2019

BRASIL, **Constituição Federal**. STF - HC nº 152.752, rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL, **Constituição Federal**. STF - HC nº 68.726/DF, rel. Min. Néri da Silva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=41&dataPublicacao=04/03/2013&incidente=4364016&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=20&texto=4293649> Acesso em: 28jul. 2019.

BRASIL, **Constituição Federal**. STF - HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> Acesso em: 30mai. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. 2 Ed. Osasco: Edifício, 2015.

HELLER, Hermann apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

THAYER, James B. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. In: Harvard Law Review, v. 7, n. 3, oct. 1893.

O papel do poder legislativo na manutenção da democracia constitucional

*Ricardo Freire Tavares de Andrade Lima*¹

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo abordar as diferentes formas de atuação do poder legislativo na missão de combater os ataques praticados por governos autoritários que possam fragilizar e colocar em risco a democracia constitucional.

Diante disto, serão trazidas considerações iniciais sobre o poder legislativo, questão referentes a crise de representatividade e o sentimento de descrédito de apatia dos cidadãos em relação a política e ao processo de tomada de decisões do país e de escolha dos rumos da sociedade, bem como as diferentes formas de ameaças à democracia costumeiramente praticadas por governos autoritários na contemporaneidade.

Assim, serão elencadas algumas das formas que o poder legislativo, no exercício de suas prerrogativas constitucional, pode atuar para proteger a democracia constitucional, suas instituições de controle democrático, bem como a própria ordem constitucional do país.

¹ Mestrando em direito do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - PPGD/UNICAP.

1. Poder legislativo, representação popular e crise de representatividade.

A representação política no estado brasileiro, consolidada através do que se pode chamar de democracia representativa, é o meio pelo qual o povo participa, ainda que indiretamente, da tomada de decisões importantes e da escolha dos rumos do país. Essa representação política, delegada aos ocupantes de mandato eletivo, é um elemento de absoluta importância na manutenção da democracia constitucional bem como do estado democrático de direito.

O estado democrático de direito pressupõe, entre outros elementos, a existência de um sistema constitucional firme com normas preconizadas que possam garantir o mínimo de proteção aos direitos e garantias fundamentais, a própria democracia e seu processo democrático de alternância de poder, assim como proteção a própria condição dos cidadãos poderem exercer seus direitos políticos livremente.

A democracia representativa seria uma espécie de sistema político em que os cidadãos exercem formas de poder de decisão, onde estas são delegadas a mandatários (vereadores, deputados e senadores) que, ao menos em tese, deveriam guardar correlação de identidade com os interesses da população ao deliberar sobre questões de interesse comum. Observe-se as lições de Hans Kelsen:

“A democracia, no plano da ideia, e uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, e realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.”²

Nesse sentido, no Brasil, o Poder Legislativo presente nas três esferas de governo do Estado, é o responsável imediato pela representação da vontade popular. É o poder que tem a incumbência de promover os

² KELSEN, Hans. A democracia. 2ª ed. São Paulo. Martins Fonte: 2000. p 35.

debates necessários para criação, modificação e controle de leis e emendas constitucionais, que servirão de norte para que o executivo possa implementar programas sociais e gerir toda a máquina pública. Para José Afonso da Silva, “é somente através da ação legislativa que se podem ajustar as organizações governamentais para o desempenho de seus encargos.”³

A prerrogativa de escolher seus representantes que confere a devida soberania ao povo, e que representa inclusive base de sustentação ao modelo democrático e republicano de estado, quando exercida de forma inadequada, impõe um certo enfraquecimento a democracia representativa à medida que esse processo de escolha resulta em detentores de mandato eletivo que distanciam-se dos ideais políticos e sociais e passam a defender interesses pessoais no exercício de seus mandatos.

Esta crise de representatividade causada pela falta de conexão entre as vontades do povo e as ações praticadas pelos mandatários no desempenho de suas atividades legislativas causam um desequilíbrio na democracia representativa, com o conseqüente e perigoso descrédito da população em relação às instituições democráticas, importantíssimas para defesa da ordem constitucional, bem como para a defesa de direitos e garantias fundamentais.

Assim, se por um lado, o próprio legislativo ao defender interesses pessoais e diversos, tem contribuído para uma crise de representatividade que enfraquece a democracia representativa, a própria sociedade também tem contribuído para essa crise uma vez que a população escolhe mal seus representantes. O fato é que boa parte da população não pesquisa as ideias defendidas pelos candidatos a cargos eletivos, nem se preocupa em observar o passado desses candidatos.

Essa falta de participação mais ativa dos cidadãos, muitas vezes motivada pela falta de identidade com seus representantes eleitos, abre

³ SILVA, José Afonso. Revista de Informação Legislativa: Estrutura e Funcionamento do Poder Legislativo. Senado Federal. Brasília: 2010. p. 144.

espaço para a manipulação de informações através dos mais variados meios de comunicação, e que muitas vezes buscam e podem atingir de maneira arriscada a democracia bem como a ordem constitucional. Segundo John B Thompson:

A participação ativa dos cidadãos num debate racional-crítico foi substituída pelo consumo passivo de imagens e mensagens, e os indivíduos são subjugados e influenciados por um conjunto de técnicas que são empregadas para fabricar opinião e consenso sem participação e debate.⁴

O fato é que muitos cidadãos, no dia do pleito eleitoral, dirigem-se as cabines de votação sem conhecer a vida pregressa dos candidatos, e ainda, muito mais motivados pelo interesse em não sofrer qualquer sanção por parte da Justiça Eleitoral pela ausência de participação no processo eleitoral. Isso esvazia completamente o sentido da democracia representativa uma vez que a escolha dos mandatários carece de critérios objetivos relacionados à moral, a ética, e a consciência política de coletividade.

Outro problema que atinge frontalmente a democracia representativa é a questão do financiamento de campanhas eleitorais de determinados candidatos por empresários, entidades religiosas ou até mesmo por setores da economia, a exemplo do agronegócio e da indústria armamentista. Até bem pouco tempo atrás, no Brasil, ainda era permitido o financiamento de campanhas eleitorais de candidatos por empresas, fato que maculava o processo democrático uma vez que esses parlamentares eleitos sob essa prática passavam a defender interesses dessas empresas patrocinadoras de campanhas em detrimento dos interesses sociais da população.

Conforme vivenciado no Brasil, a prática de se fabricar parlamentares com objetivos específicos de defender interesses de empresas patrocinadores de campanhas eleitorais, além de fragilizar a

⁴ THOMPSON, John B. Ideologia e Cultura Moderna: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2011, p 151.

democracia representativa bem como desequilibrar a capacidade de competição do pleito, ajudou a contribuir com a precarização das relações de trabalho, retirando-se do rol de direitos sociais dos trabalhadores garantias instituídas há décadas, tudo em nome de uma “pseudoreforma” trabalhista com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, que tinha como motivação combater o desemprego e a crise econômica.

O resultado disso tudo para o povo brasileiro foi o aumento de significativo do número de desempregados que passou de onze milhões em 2017 para quatorze milhões em 2019, segundo dados do próprio IBGE, ainda a multiplicação demasiada de vínculos informais de empregos em condições precárias, e a permanência do fantasma da crise econômica que assombra o governo até os dias atuais. Em resumo, esse foi preço pago pela sociedade, em especial pelas classes menos favorecidas economicamente, devido aos vícios existentes no processo democrático de escolha de seus representantes.

Desta forma, para Jacques Rancière, a democracia representativa seria “uma forma de funcionamento do Estado fundamentada inicialmente no privilégio das elites naturais e desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas.”⁵ Não se pode negar que a democracia representativa é um modelo imperfeito de participação do povo no processo de tomada de decisões e da escolha dos rumos do país. Todavia, embora não se possa confiar na perfeição do funcionamento da democracia representativa, este ainda é o melhor caminho para que seja exercida a soberania popular, de modo a garantir pleno exercício dos direitos políticos dos cidadãos.

Afora isso, os recorrentes casos de corrupção escancarados por investigações de autoridades públicas e de instituições de controle democrático, que rotineiramente revelam esquemas de pagamentos de vantagens indevidas a políticos e agentes públicos das três esferas de poder, intensificam o descrédito da população em seus representantes e no próprio sistema político, empurram o modelo de democracia

⁵ RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio À Democracia*: Tradução Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Biotempo. 2014. p.71

representativa para um abismo e acabam transformando a própria democracia enquanto sistema político em inimigo da sociedade. Yascha Mounk defende que “é com pesar que se constata que a população hoje é muito mais crítica da democracia do que no passado e que os jovens estão particularmente propensos a dar menos importância a viver numa democracia.”⁶

Embora a democracia representativa possa estar em crise, é prudente considerar que ainda é o sistema onde os cidadãos gozam de certa segurança legal e constitucional, e desta forma ainda podem exercer com garantias certas liberdades civis. É na própria essência do estado democrático de direito que o Estado, enquanto ente governamental, encontra limites ao seu poder, não podendo infringir certas prerrogativas inerentes aos cidadãos. Neste sentido ensina Norberto Bobbio:

Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do Poder. Em outras palavras, são garantias de liberdade da chamada liberdade negativa, entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja.⁷

Diante dessa crise que acomete de forma perigosa a democracia participativa, provocada por diversos motivos, e que acaba por provocar apatia políticas nos cidadãos, aponta-se como saída um resgate da cultura cívica e o exercício constante da cidadania política, bem como a escolha criteriosa dos representantes membros do poder legislativo e chefes de Estado.

Mesmo restando comprovada a imperfeição da democracia representativa é importante esclarecer que é o modelo em que os cidadãos são livres para escolher seus mandatários, ainda que estes não defendam valores éticos e morais, a alternância do poder e o caráter temporário dos

⁶ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la: Tradução Cássio Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2019. p. 132.

⁷ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia: Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2000. p. 20.

mandatos, fazem com quem o sistema esteja em constante manutenção ou até mesmo em constante reinvenção. Para concluir, Tzvetan Todorov defende que “os habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aquele dos habitantes dos outros países.”⁸

3. Diferentes formas de ataques à democracia constitucional.

O grande inimigo da democracia evidentemente seria o totalitarismo, que se expressa de diferentes formas ao longo da história. Pode-se dizer que em dias atuais, ações autoritárias de mandatários chefes do executivo em desfavor da democracia constitucional não ocorrem de maneira abrupta nem com uso imediato da força de exércitos, como era frequente no passado. Como ficou evidente ao longo da história pós-moderna da humanidade, especialmente no período após a 2ª guerra mundial, chefes do executivo com ímpeto autoritário têm agido meticulosamente, dando passos curtos, praticando atos minimamente perceptíveis aos cidadãos comuns, porém que atentam flagrantemente contra a democracia e suas instituições de controle democrático. Nesse Sentido Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, dizem que:

Com maior frequência, porém, a investida contra a democracia começa lentamente. Para muitos cidadãos, ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia.⁹

Esses atos costumam ter inclusive uma sombra de legalidade para que tenham o apoio de parte dos membros do parlamento, e também não

⁸ TODOROV, Tzvetan. Os Inimigos Íntimos da Democracia: Tradução Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 17.

⁹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem: Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zhar. 2018. p. 63.

sejam alvo do controle de constitucionalidade por porte da corte constitucional do país. Afora isso, ainda é preciso criar um inimigo comum a ser combatido por todos, a qualquer custo, ainda que para isso seja preciso usar de meios não democráticos para vencê-lo. Combater um ou vários inimigos comuns da sociedade, sob a desculpa de que os meios convencionais com uso das próprias instituições já existentes não são eficientes, é a porta de entrada para se justificar atitudes autoritárias.

Esses inimigos são os mais variados possíveis: corrupção, terrorismo, imprensa mentirosa e parcial, crise econômica, limpeza de eleições, perigo de guerra, tribunais tendenciosos, entre outros, que embora sejam pautas legítimas a serem discutidas e combatidas em estado democrático de direito, são alçados a condição de inimigos do povo ou do país, e para combatê-los muitas vezes são utilizados meios antidemocráticos. Chaga-se ao absurdo de muitas vezes imprimir um discurso retórico de que para combater ameaças a democracia seria necessário o uso de meios antidemocráticos.

É comum que em um estado democrático de direito, com uma constituição que abrigue seguramente dispositivos de proteção à democracia e manutenção da ordem democrática e suas instituições, que os poderes constituídos tenham independência e que possam exercer suas competências de maneira harmônica e equilibrada, com o mínimo de interferência possível. Yascha Mounk sustenta que:

Quando a democracia é estável, é porque os principais atores políticos estão dispostos a aderir às regras básicas do jogo democrático na maior parte do tempo. Algumas dessas regras são formais: um presidente ou primeiro-ministro permite ao judiciário investigar os delitos de membros do governo, em vez de exonerar o promotor público. Ele aguenta as críticas da imprensa, em vez de mandar fechar jornais e perseguir jornalistas.¹⁰

Essas instituições de controle democrático, a exemplo do poder judiciário e toda sua estrutura, polícias judiciárias, ministério público,

¹⁰ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la: Tradução Cássio Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2019. p. 138.

tribunais de contas, controladorias gerais, agências de inteligência, e até mesmo o próprio parlamento, exercem um papel fundamental na garantia da ordem constitucional bem como na proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, porém muitas vezes representam um entrave a imposição de medidas autoritárias de mandatários intolerantes e antidemocráticos.

Em outras épocas, a atitude inicial dos chefes de estado antidemocráticos era de extinção imediata das instituições de controle democrático, para que pudessem exercer livremente suas vontades. Todavia, isso tem mudado bastante. O autoritarismo acabou percebendo que é mais interessante manter as instituições funcionando, porém ao seu favor, do que aniquilá-las.

Assim, tornou-se prática comum em estados com a democracia em constantes ataques e frequentes ameaças a atitude de minar as instituições de controle democrático, promovendo-se um verdadeiro aparelhamento do estado, transformando-o em uma máquina de guerra altamente eficiente contra os inimigos da própria tirania. Infelizmente essa é uma prática que tem se tornando cada vez mais recorrente, seja em governos autoritários de extrema direita ou extrema esquerda, ou até mesmo em governos autoritários sem qualquer viés ideológico definido.

O poder judiciário, atuando de forma independente e neutra, funcionando corretamente com todas as suas garantias próprias de um poder constituído, exercendo a função contra majoritária, através da suprema corte, e combatendo atos inconstitucionais emitidos pelo chefe do executivo se torna o primeiro alvo de medidas autoritárias. Na receita do autoritarismo moderno, é preciso mudar o juiz para continuar no jogo. Assim, é comum chefes autoritários e ditadores queiram investir contra o judiciário promovendo o impeachment de magistrados, mudando as regras de nomeação e ingresso na suprema corte, ou até aumentando o número de assentos na corte constitucional do país para proceder a indicação de aliados para essas novas vagas, e assim poder ter a maioria dos membros a seu favor, e desta forma controlar o judiciário

Nesse contexto, controlar o judiciário e a polícia judiciária, bem como outros setores da estrutura administrativa do estado, além de uma atitude de defesa de governos autoritários na tentativa de impedir investigações que possam prejudicar sua permanência no poder, é uma ação que fragiliza a democracia constitucional, além de proporcionar ao governo autoritário a possibilidade de perseguir e punir opositores, com a finalidade de declará-los inimigos do país, e retirá-los do cenário político.

Diante disto, é prudente ressaltar que o pluralismo de ideias é um dos alicerces em que se fundamenta a própria democracia. Não há como existir democracia sem oposição ou sem ideias divergentes. Chantal Mouffe defende que:

Em outras palavras, é reconhecer que o pluralismo é constitutivo da democracia moderna. Conseqüentemente, é necessário abandonar a ideia de um consenso perfeito, de uma harmônica vontade coletiva e aceitar a preeminência de conflitos e antagonismos.¹¹

Um governo sem oposição já apresenta indícios de tirania e provável subversão das leis e preceitos constitucionais. Assim, outro ataque flagrante a democracia constitucional é tentativa de extinguir completamente a oposição ao governo, seja atacando parlamentares ou figuras públicas que representem potenciais riscos aos ideais defendidos pelo governo, ou até mesmo atacando os partidos políticos de oposição, empresários, sindicatos e associações de classes.

A tentativa de aniquilar a oposição política ao governo se manifesta através de diversas formas. É muito comum que governos autoritários ofereçam cargos na administração pública, dinheiro e ainda outras vantagens indevidas com a intenção de trazer essas lideranças para perto e deixá-los sob seu controle de modo que não mais representem qualquer risco a sua permanência no poder.

Em investidas que se podem considerar mais graves, opositores a regimes autoritários são constantemente acusados por crime que muitas

¹¹ MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa/POR: Gadiva, 1996. p. 109.

vezes não cometeram, e com o judiciário já dominado, são condenados e presos, em processos penais totalmente atípicos, cujo contraditório e ampla defesa restam nitidamente prejudicados ao final, para que sejam alçados a condição de inimigos do país, e assim sejam postos fora jogo político.

Investidas ainda mais graves contra membros de partidos de oposição resultam no exílio desses adversários, desaparecimentos inexplicáveis, e até na morte de pessoas, como fez Adolf Hitler, na ascensão nazista em 1934, ao perseguir e matar seus adversários políticos, na busca de consolidar seus objetivos sem muitas dificuldades. Além da morte de pessoas, sempre existe a possibilidade de extinção de entidades que representem classes e que possam ser declaradas insurgentes ao regime autoritário. O professor Alain Besançon ensina que:

Como no regime nazista, ela se estende em círculos concêntricos em torno do núcleo inicial. No centro se encontra o partido, e, no partido, seu círculo dirigente. Nos primeiros tempos do poder, ele ainda está sob o domínio total da ideologia. Nesse momento é que ele se dedica a eliminar “o inimigo de classe”. Em uma intoxicação absoluta da consciência moral, ele destrói em nome da utopia categorias inteiras de pessoas.¹²

A questão que mais assombra nesse ponto é que todas as atrocidades cometidas contra pessoas, apenas pelo fato de pertencerem a partidos de oposição e se declararem resistentes a práticas antidemocráticas de governos autoritaristas, é que todos os atos de repressão ainda que cruéis são praticados sob o verniz da legalidade, e dessa forma não chocam a sociedade, que assiste passivamente aos horrores com total indiferença.

Uma outra situação decorrente de atos de mandatários com a finalidade de fragilizar a democracia e as suas instituições de controle democrático são os cortes orçamentários que impõem severas limitações aos órgãos de fiscalização de combate a corrupção por exemplo. A

¹² BESANÇON, Alain. A Infelicidade do Século. Sobre o Comunismo, nazismo e a unidade da SHOAH: tradução Emir Sader. Rio de Janeiro: Bertand Brasil. 2000. p. 45.

atividade de fiscalização e controle dos atos praticados por agentes públicos e autoridades políticas demanda um custo bem elevado considerando que é necessário mover toda uma estrutura técnica para executar essa tarefa.

O corte orçamentário direcionado ao poder judiciário e a polícia judiciária impedem que investigações sejam deflagradas ou continuadas ao passo que dificultam que operações sejam montadas e executadas. Quando direcionados aos órgãos de controle externo como tribunais de contas, restringem demasiadamente ou até mesmo inviabilizam a realização de suas atividades típicas, como por exemplo, auditorias em despesas públicas contratadas pelas esferas administrativas do governo, abrindo margem para proliferação de esquemas de corrupção e cooperando com a impunidade.

Adiante, como forma de mascarar a tirania do governo, mandatários autoritários e antidemocráticos buscam rotineiramente alterar e revogar leis e até a própria constituição para que o próprio ordenamento jurídico do país o favoreça. Nesse intento, são atacadas tanto normas constitucionais que protegem a democracia bem como normas que estabelecem diretrizes para os processos eleitorais. Na prática, o que ocorre é a manipulação das regras constitucionais para facilitar a expansão do poder do chefe do executivo e descriminalizar condutas praticadas com nítidos objetivos antidemocráticos.

Essas alterações normativas, que ocorrem quase sempre com a própria chancela do parlamento, acabam enfraquecendo partidos de oposição e dificultando a ascensão destes, à medida que estabelecem novas regras para o processo eleitoral. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, sustentam que:

Contudo, para se entrincheirar no poder, os governos precisam fazer mais – eles também precisam mudar as regras do jogo. Autoritários em busca de consolidar seu poder com frequência reformam a Constituição, o sistema eleitoral e outras instituições de maneiras que prejudiquem ou enfraqueçam a

oposição, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra os rivais.¹³

Nesse contexto, é comum que regras para nomeação de magistrados da suprema corte sejam alteradas para favorecer a nomeação de aliados, conforme já foi mencionado. Assim, mais uma vez, emerge do poder legislativo uma parcela de culpa significativa no que refere aos ataques a democracia e suas instituições democráticas. Ocorre que muitas vezes o parlamento comporta-se como uma extensão do poder executivo aceitando e até corroborando com atitudes e alterações normativas que garantam maior autonomia de poder ao chefe do executivo.

Por fim, observa-se que os ataques à democracia constitucional ocorrem de formas variadas, seja com o aparelhamento do próprio Estado através de suas estruturas governamentais, seja com perseguição a opositores e aos meios de comunicação, cortes orçamentários e alterações normativas tendenciosas. O fato é que essas medidas, muitas delas mascaradas de certa legalidade e imperceptíveis para boa parte da população, fragilizam consideravelmente a democracia constitucional, e põem em risco as liberdades cívicas dos cidadãos conquistadas ao custo muito alto de longos anos de lutas.

3. Poder legislativo e a missão de proteger a democracia constitucional.

Diante de tudo que foi dito, é oportuno ressaltar que na missão de proteger a democracia constitucional, mesmo passando por uma crise de representatividade e com todas as dificuldades apontadas, o poder legislativo é um mal necessário. Parlamentos são espaços de profundos debates e importantes deliberações, é o poder que representa, sem dúvidas, a maior diversidade de ideias e interesses de uma sociedade.

¹³ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem: Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zhar. 2018. p. 71.

A função de legislar que envolve as atividades de criar, aprovar, modificar ou até revogar leis ou emendas à constituição, seria a função precípua do parlamento. Ao criar leis, o parlamento estabelece diretrizes que devem ser seguidas tanto pelo executivo como pelo judiciário. Assim, a atividade de fiscalizar o cumprimento dessas diretrizes esculpadas em forma de normas jurídicas, agrega ao parlamento também a função de controle político.

Nesse sentido, o poder legislativo também é responsável pela defesa e manutenção da democracia constitucional. No exercício de suas funções e prerrogativas, pode valar-se de diversos instrumentos para combater atos praticados pelo poder executivo que tenham por objetivo a intenção fragilizar os mecanismos democráticos já em funcionamento no país e protegidos pela constituição.

É possível destacar que o poder legislativo pode opor-se a ataques contra a democracia constitucional de diversas formas, e utilizando-se dos mais variados mecanismos previstos pela própria constituição, assim destaca-se, a edição de leis e emendas constitucionais, instauração de comissões parlamentares de inquéritos - CPI's, acompanhamento da execução orçamentária, bem como a utilização do impeachment do mandatário. Até o próprio fato de não legislar, que também constitui atitude democrática, pode ser uma forma de combater ataques à democracia e seus institutos.

Ao deliberar sobre modificações em leis ou emendas a constituição, o poder legislativo deve sempre ampliar o debate em busca de ideias ainda que divergentes, mas que possam aperfeiçoar todo ordenamento jurídico de modo a atender aos anseios da sociedade. Isso implica também observar criteriosamente se sua própria atuação legislativa não está contribuindo com modificações na estrutura da ordem constitucional que ponham em risco a democracia e suas instituições de controle democrático.

É evidente, inclusive no caso brasileiro, que a atividade legislativa do parlamento encontra diversas limitações constitucionais, que devem ser respeitadas sob o risco do próprio parlamento incorrer em atitudes

autoritárias e antidemocráticas. Para além de limitações regimentais ou constitucionais, o legislativo encontra dificuldade para legislar sobre determinados temas em decorrência da falta de dados e informações precisas, como ocorre quando da apreciação de leis orçamentárias.

Ao legislar sobre leis orçamentárias o parlamento deve agir com firmeza impendendo cortes demasiados em setores estratégicos que compõem a estrutura das instituições de controle democrático e combate a corrupção. Como já foi dito, embora não pareça, o fato do governo diminuir rubricas orçamentárias destinadas à manutenção e funcionamento de outros poderes e suas estruturas correspondentes, pode representar uma tentativa de enfraquecer os órgãos públicos e inviabilizar suas atividades.

Outra situação que precisa ser combatida pelo legislativo é a transferência da atividade legislativa do parlamento para o executivo. É certo que o executivo, devido a necessidades urgentes, precisa legislar, dentro de suas limitações, para desempenhar a governabilidade do país. O parlamento por ser um espaço de debates marcados pelos dissensos próprios da atividade parlamentar, e pelo prolongado e custoso processo legislativo, agravado ainda pela crescente quantidade de proposições, mostra-se bastante moroso em apresentar decisões as suas demandas impedindo respostas imediatas aos problemas recorrentes da sociedade.

Além disso, a possibilidade de atuação legislativa do poder executivo é o resultado de um processo de descentralização da atividade legislativa, em superação ao modelo obsoleto de separação dos poderes proposto por Montesquieu, na França do século XVIII. Nesse sentido Clémerson Merlin Clève, ensina que:

O processo de descentralização da atividade normativa não poderia deixar de contemplar o Executivo que, nas sociedades políticas contemporâneas, participa ativamente do processo legislativo. Sua participação no processo opera-se de dois modos: (i) ou intervém em umas das fases do procedimento

de elaboração das leis, ou (ii) exerce, ele mesmo, a função de elaborar ato normativo (dotado ou não de força de lei.¹⁴

Notadamente, o executivo tem ganhado cada vez mais espaço na esfera de poder que pertence precipuamente ao legislativo. A ocupação desse vácuo de poder deixado pelo legislativo é o que realmente preocupa, seja quando ele é ocupado pelo executivo ou pelo judiciário. Um governo autoritário e com ímpeto antidemocrático pode aproveitar-se desse lapso do legislativo para implementar medidas ou reformas, através de decretos ou medidas provisórias, para suprimir garantias importante aos cidadãos bem como a defesa da democracia e da ordem constitucional.

É preciso esclarecer que a participação do executivo na atividade legislativa é um procedimento legal, previsto inclusive pela constituição federal de 1988 em diversos dispositivos. Essa participação pode se dar pela propositura de leis pelo próprio executivo, por alguma interferência em qualquer das fases do processo legislativo, bem como pela sanção ou veto presidencial, isso é normal. O que na verdade precisa ser observado com certa cautela é quando o executivo realmente legisla em lugar do parlamento, e qual a finalidade dessa atuação.

Adiante, o controle político e até mesmo jurídico é exercido pelo poder legislativo sobre atos praticados pelo chefe do executivo, manifestação também pelo instituto denominado impeachment. Nos moldes brasileiro, o presidente que incorrer em crimes de responsabilidades, poderá sofrer um processo de afastamento. Esse processo que depende da aceitação do poder legislativo para ser iniciado, representa uma importante ferramenta de defesa da democracia e demais princípios constitucionais.

Assim, os crimes de responsabilidade bem como o processamento do pedido de impeachment estão previstos no art. 85 da Constituição Federal e na Lei nº 1079/50, que estabelece além da responsabilização do presidente república a de outros agentes públicos. No artigo 85, III da

¹⁴ Clève, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

Constituição Federal como no artigo 4º, III da referida lei, estão tipificadas condutas, que se praticadas pelo presidente da república representam também uma afronta a democracia à medida que interferem diretamente no processo eleitoral e chegam a atingir os direitos políticos dos cidadãos.

O afastamento de um chefe de estado eleito democraticamente embora custoso ao país, mostra-se necessário caso este venha a praticar atos que possam colocar em risco a democracia e que possam afetar diretamente o exercício das liberdades cívicas e bem com direitos políticos dos cidadãos. Essa prerrogativa é uma espécie de autodefesa da constituição, cuja vontade do poder constituinte originário foi dotar a carta constitucional de dispositivos que garantissem sua própria sobrevivência e manutenção diante de ataques ao longo do tempo.

Conclusões

Restou demonstrado no presente trabalho que a democracia constitucional embora seja um dos grandes alicerces de uma sociedade democrática e plural, precisa constantemente ser protegidas dos mais variados tipos de ataques que visam subvertê-la, colocando em risco o pleno exercício das liberdades civis dos cidadãos e ainda o livre exercício dos direitos políticos.

Como ficou evidenciado, as ameaças a democracia nem sempre são proferidas com o uso da força, ou com emprego de atos do executivo sem qualquer verniz de legalidade. Observou-se que em muitos casos as ameaças são imperceptíveis em primeiro momento, e que o autoritarismo avança contra a sociedade vagarosamente aproveitando-se dos espaços de poder deixados pelo legislativo e valendo-se da apatia dos cidadãos em relação a tomada de decisões do país, provocada pela crise representatividade política.

Por fim, embora com a atual onda de descrédito da população em relação às instituições de controle democrático e até com o próprio sistema de representatividade política, o poder legislativo se mostra como um

instrumento dinâmico e absolutamente importante de combate ao autoritarismo e suas diferentes formas de tentar ameaçar e fragilizar a democracia.

Referências

BESANÇON, Alain. A Infelicidade do Século. Sobre o Comunismo, nazismo e a unidade da SHOAH: tradução Emir Sader. Rio de Janeiro: Bertand Brasil. 2000.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia: Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2000.

Clève, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

KELSN, Hans. A democracia. 2ª ed. São Paulo. Martins Fonte: 2000.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracia morrem: Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zhar. 2018.

MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa/POR: Gadiva, 1996.

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

RANCIÈRE, Jacques. O Ódio À Democracia: Tradução Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Biotempo. 2014.

SILVA, José Afonso. Revista de Informação Legislativa: Estrutura e Funcionamento do Poder Legislativo. Senado Federal. Brasília: 2010.

THOMPSON, John B. Ideologia e Cultura Moderna: Teoria Social Crítica na era dos meios de comunicação de massa. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2011.

TODOROV, Tzvetan. Os Inimigos Íntimos da Democracia: Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

**Uma análise neoinstitucional do
constitucionalismo simbólico:
como as instituições informais reforçam
o simbolismo constitucional ¹**

Joicy Elisa Ramos da Silva
Laura Gabriella Muniz da Silva
Vitória Bárbara da Silva Carvalho

Introdução

Inserido no rol de direitos e garantias individuais do cidadão, o voto é instrumento do exercício da democracia. Se corrompido ou violado, ocorre o enfraquecimento de um dos mais poderosos instrumentos de exercício da liberdade política assegurada pela Constituição Brasileira de 1988. Destarte, a lei n° 9.504/1997 proíbe, rigorosamente, a captação ilícita de sufrágio, na qual os praticantes eleitorais devem ser punidos com a cassação do registro ou do diploma do candidato e multa. Além do mais, segundo a lei n° 135/2010 os eleitorados permanecem inelegíveis durante oito anos.

Contudo, segundo pesquisas encomendadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) referente às eleições ocorridas no ano de 2014, acabou-se comprovado que a compra de votos ainda é uma realidade vivenciada na

¹ O presente artigo foi construído sob a orientação da Professora Flavianne Bitencourt Nóbrega, da Faculdade de Direito do Recife - UFPE, e está vinculado ao grupo de pesquisa Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais, credenciado no CNPq.

sociedade brasileira. Tendo em vista que, 28% dos entrevistados acabaram relatando que testemunharam ocorridos que configuram tal prática.

Em 2019, o vereador Labreildes dos Santos Inácio (PTC), acabou sendo condenado pela compra de votos na região do Cabo de Santo Agostinho, pelo oferecimento de incentivos para consultas oftalmológicas e óculos por cada eleitor que prometia seu voto. Outrossim, os eleitores eram obrigados a fornecer cópias dos títulos como garantia que iriam votar no vereador, caso contrário, as consultas não eram realizadas. Dessa forma, percebe-se que apesar das instituições formais¹ desenvolverem mecanismos para inibir tal prática, as instituições informais² formulam novas regras divergentes que influenciam de forma mais enfática a sociedade.

Observando práticas similares à essa, nas quais o texto constitucional não condiz com a realidade, Marcelo Neves desenvolveu o conceito de Constituição Simbólica. Para o autor, o fenômeno da constitucionalização simbólica, em seu sentido negativo, é consequência da incompatibilidade entre texto e realidade constitucional, produzida pela alopoiese do sistema jurídico. Enquanto nos países centrais a Constituição opera sua função social e prestação política, em países subdesenvolvidos ela é usada como um mecanismo retórico, isto é, os governantes legislam, mas a prescrição legal não é efetivada, e sim usada de prol das vontades particulares.²

No entanto, frente ao crescimento da análise neoinstitucional, caracterizada pelo seu viés inovador e multidisciplinar torna-se válido acrescentar um outro olhar à tradicional abordagem trazida por Marcelo Neves: um olhar neoinstitucional. Ao considerar a mútua influência exercida entre indivíduo e sociedade, na formação do real desenho institucional, a vertente neoinstitucional desenvolve importantes ferramentas capazes de proporcionar um entendimento diferenciado do fenômeno da Constituição Simbólica.

² NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

Desse modo, para atingir o objetivo do artigo, isto é, para mostrar como as instituições informais, na relação de competição, contribuem para o simbolismo constitucional, torna-se necessário, antes, entender os motivos históricos que fazem o neoinstitucionalismo uma vertente adequada para tal feito, bem como seus principais arcaouços teóricos.

1. Breve histórico da análise neoinstitucional

O neoinstitucionalismo surgiu por volta dos anos 80 como uma resposta aos modelos institucionais que vigoraram, anteriormente, no campo das ciências políticas. Até a década de 50, os cientistas políticos adeptos ao “antigo institucionalismo” estavam preocupados em realizar análises predominantemente teóricas, voltadas ao estudo dos sistemas eleitorais e das constituições. A função instrumental da norma jurídica, isto é, a função reguladora de conduta, trazida por Neves como importante expoente para conhecer o fenômeno da Constituição Simbólica, era deixada em segundo plano. Juntamente com um idioma extremamente descritivo e formalista, vigoravam as suposições a respeito do que seria um bom sistema político (LOWNDES; ROBERTS, 2013). Como esclarece Paulo Sérgio Peres:

Esses estudiosos preocupavam-se muito mais em estabelecer modelos prescritivos de “desenho constitucional”, sob uma ótica normativa do que deveria ser a política, do que em se concentrar em “fatos objetivos”, em dados empíricos da dinâmica real dos atores e dos comportamentos.³

Devido às drásticas transformações contextuais desencadeadas pelo contexto de pós guerra, o “antigo institucionalismo” tornou-se obsoleto, incapaz de abraçar temáticas agora recorrentes no âmbito da ciência política. A investigação empírica, aplicada à diferentes contextos, tomou lugar frente à metodologia teórica e formalista anteriormente apreciada.

³ SÉRGIO, Paulo. **Comportamento ou instituições?** A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. São Paulo, 2008, p. 3

A “revolução behaviorista” (LOWNDES; ROBERTS, 2013) trouxe consigo um forte apreço ao “comportamento humano observado e observável” (TRUMAN, 1951), utilizando, inclusive dados quantitativos na realização de seus levantamentos políticos.

A realidade normativa, para os comportamentistas, deve ser estudada como sendo resultado da agregação das preferências individuais de cada um. O indivíduo, movido por seus interesses particulares, atua como protagonista do real desenho institucional. Para entender o cenário político, basta analisar coletivamente o comportamento das pessoas: as preferências manifestadas constituem as verdadeiras preferências do indivíduo, e o somatório dessas constituem o cenário político⁴. Para os behavioristas, os indivíduos moldam as instituições, ou seja, os indivíduos moldam as regras do jogo. São responsáveis, assim, pela realidade normativa.

Em contrapartida, para os estruturalistas, ou neo-marxistas, essa avaliação encontra-se equivocada. Os estruturalistas negam a premissa de que o comportamento observável condiz com as preferências individuais; para os adeptos dessa corrente a vida em sociedade molda o comportamento dos indivíduos de modo que esses não conseguem manifestar suas verdadeiras escolhas. Contextos sociais oriundos do gênero, da classe econômica, do status político determinam o comportamento dos indivíduos. Para os estruturalistas, as instituições sociais moldam os indivíduos.

A filosofia de Rousseau, por exemplo, pode servir de exemplo contextual para o entendimento do estruturalismo, nas ciências políticas. Ao postular a necessidade de negar a sintonia entre o homem social e o homem natural, J.J Rousseau, afirmou que o único modo de encontrar a verdadeira natureza do homem seria transportá-lo para um estado pré-social, distante das interações sociais, das leis, do costume e, até mesmo,

⁴ IMMERGUT, Ellen. **The Theoretical Core of the New Institutionalism**. Politics and Society, 1998. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0032329298026001002>> . Acesso em: 04, janeiro 2020.

da linguagem⁵, deixando evidente que o indivíduo é influenciado demasiadamente pelas estruturas sociais. Como foi dito, o homem em sociedade, numa visão estruturalista, é sufocado pelas instituições sociais, que o deixam sem espaço para manifestar suas verdadeiras pretensões. Como esclarece Nóbrega:

A perspectiva behaviorista tem uma concepção subsocializada do indivíduo – interesses e identidades dos atores sociais não podem ser explicados pela conjuntura social ou econômica; enquanto a perspectiva estruturalista adota, em oposição, uma concepção sobresocializada do indivíduo – identidades e interesses dos atores sociais são definidos pela posição de acordo com as estruturas sociais, em que as escolhas e ações individuais aparecem como resultado determinista dessas posições.⁶

Superar essa dicotomia de extremos (Behaviorismo/Comportamentismo x Estruturalismo) torna-se um dos grandes objetivos do Novo Institucionalismo.

1.1 Principais arcabouços teóricos do novo institucionalismo

O Novo Institucionalismo, na atualidade, pode ser considerado umas das abordagens mais influentes das ciências políticas. Apesar de utilizar conhecimentos das mais diversas áreas de estudo, sendo assim considerado uma escola multidisciplinar, o neoinstitucionalismo ganha especial renome na economia graças aos trabalhos de Douglass North. Utilizando teorias econômicas para estudar as instituições, North não só garantiu o prêmio Nobel de Economia, como também trouxe a análise neoinstitucional ao centro discursivo das ciências políticas.

A visão neoinstitucional, além de multidisciplinar, também pode ser considerada uma vertente de vanguarda. A partir de sua análise, o maniqueísmo entre indivíduo e instituição é finalmente ultrapassado. O

⁵ IMMERGUT, Ellen. **The Theoretical Core of the New Institutionalism**. Politics and Society, 1998. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0032329298026001002>> . Acesso em: 04, janeiro 2020.

⁶ NÓBREGA, Flavianne. **Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado**. João Pessoa: Ideia, 2013. p. 94

indivíduo deixa de ser considerado como um fator isolado, encontrando-se ou plenamente livre de influências ou completamente alienado a elas, e passa a ser estudado como personagem importante de um todo dinâmico. Com suas preferências, o indivíduo preenche, molda, o conteúdo das instituições, mas, no entanto, é também por elas moldado. Para os neoinstitucionalistas, indivíduo e instituição não são mais fatores presentes em um contexto de dominação, mas são tipos presentes em uma conversa dialética de múltiplas influências.

Além dessas inovações, o novo institucionalismo também merece destaque frente ao “antigo institucionalismo”, influente até a década de 50, ao analisar as instituições de modo mais amplo. Para o neoinstitucionalismo, as instituições formais, isto é, as regras do jogo que vigoram e circulam dentro dos canais oficiais do Estado, são apenas uma forma de observar o real desenho institucional⁷. As instituições informais, ou seja, as regras sociais, normalmente “não escritas”, elaboradas e aplicadas fora dos canais oficiais do Estado, também são relevantes⁸.

Afirmar a existência dessa dicotomia formal x informal, no entanto, não significa afirmar que as instituições formais são fortes, mais efetivas, e as instituições informais são fracas. A força de uma instituição não está atrelada à sua natureza, unicamente. Uma instituição formal pode gozar de grande poder vinculante, bem como, pode ser considerada uma “letra morta” e o mesmo ocorre com as instituições informais. O poder das instituições engloba fatores muito maiores que a origem formal ou informal da regra do jogo; trazendo para a questão, inclusive, problemáticas como herança cultural, educação e capital social. Essas questões interagem dos mais diversos modos.

Através da análise das interações é possível entender e classificar as possíveis relações entre as instituições formais e informais, e,

⁷ HELMKE, G.; LEVITSKY, S. **Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda**. Perspectives on Politics, 2004. Disponível em: <https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/883_informal-institutions.pdf>. Acesso em: 19 janeiro 2020.

⁸ HELMKE, G.; LEVITSKY, S. **Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda**. Perspectives on Politics, 2004. Disponível em: <https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/883_informal-institutions.pdf>. Acesso em: 19 janeiro 2020.

consequentemente, “o desenho real da instituição na prática”⁹. Tendo ciência dessas considerações¹⁰, elaborou as classificações (QUADRO 1) destacando as possíveis interações entre as instituições formais e informais.

QUADRO 1 - Relações entre instituições formais e informais

	INSTITUIÇÕES FORMAIS FORTES	INSTITUIÇÕES FORMAIS FRACAS
CONVERGÊNCIA	COMPLEMENTAÇÃO	SUBSTITUIÇÃO
DIVERGÊNCIA	ACOMODAÇÃO	COMPETIÇÃO ⁵

Fonte: Livro Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado⁶

11_12

Por meio da variante vertical (convergência/divergência) é possível perceber se a instituição informal está atuando de maneira funcional, isto é, convergindo com os dizeres das instituições formais (convergência) ou, se, ao atuar de modo disfuncional, as regras informais estão contradizendo (divergindo) das orientações formais. Por outro lado, na variante horizontal (formais fortes x formais fracas), Helmke destaca o poder vinculante das regras formais, separando-as em fortes e fracas. Desse modo, as relações podem ser:

- 1- Complementar: Quando instituições formais fortes atuam em conjunto, ou seja, de modo convergente, com instituições informais. As regras do jogo informais cooperam com as instituições formais, tornando esta mais forte, mais eficaz. Um exemplo clássico dessa relação pode ser encontrado na efetividade e estabilidade da democracia presidencial nos Estados Unidos da América. Esse órgão não se mantém estável unicamente devido aos dizeres constitucionais, mas também devido à regras informais que desencadeiam o sistema de “checks and balances”¹³.

⁹ NÓBREGA, Flavianne. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.

¹⁰ HELMKE, G.; LEVITSKY, S. *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Maryland: JHU PRESS, 2006.

¹¹ Fonte: NÓBREGA, Flavianne. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013. p. 102

¹² Destaque em negrito realizado pelas autoras.

¹³ HELMKE, G.; LEVITSKY, S. *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Maryland: JHU PRESS, 2006.

- 2- Acomodação: Nessa interação divergente, as instituições informais contrariam a finalidade das regras formais, sem, porém, violar propriamente a regra do jogo formal.
- 3- Substituição: Na relação de substituição, instituições formais fracas interagem com instituições informais fortes de modo convergente. As regras do jogo informais se sobrepõem, em eficácia, às regras do jogo formal substituindo-as, efetivando seus valores. Essa relação é predominante em Estados fracos, que não conseguem fazer valer seus princípios.
- 4- Competição: Nesse caso, há uma interação de divergência entre instituições formais ineficazes e instituições informais fortes, de modo que as regras “competem” entre si, comprometendo a força institucional do Estado. São ricos os exemplos dessa relação institucional: o caso da compra de votos, abordado na introdução deste artigo, é um deles. Nas leis (regras do jogo formais) a prática é veementemente proibida, porém, a impunidade firma um sistema de incentivos que potencializa a regra informal de compra de votos. Ambas as instituições, formal x informal, competem entre si no real desenho institucional.

Quando analisamos o fenômeno da Constituição Simbólica através das lentes do Neoinstitucionalismo, nota-se que é por meio da relação de competição que o texto da Carta Magna perde sua normatividade e ganha caracteres de simbolismo.

2. Como as instituições informais divergentes reforçam o simbolismo constitucional

Como abordado anteriormente, o fenômeno da Constituição Simbólica - em seu sentido negativo - significa a ausência de generalização congruente de expectativas normativas, ou seja, a função jurídico-instrumental de impor comportamentos é enfraquecida, devido à função predominantemente simbólica do texto constitucional¹⁴. Essa tese de Neves foi inspirada nas ideias de Harald Kindermann, porém, na obra deste, o simbolismo foi pensado no patamar das leis infraconstitucionais; enquanto que na teoria desenvolvida por Marcelo Neves, a hipertrofia do simbolismo permeia a norma hierarquicamente superior: a Constituição.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

Neves propõe esse simbolismo mais abrangente com base na obra de Niklas Luhmann, jurista-sociólogo alemão, que desenvolveu a Teoria dos Sistemas. Em suas obras, Luhmann argumentou que a sociedade é um grande sistema de comunicação formada por outros subsistemas comunicativos e assim sucessivamente. Nesse sentido, para ele o direito é um subsistema da sociedade, que para manter-se vivo deve conservar sua autonomia em relação aos demais subsistemas. Todavia, autonomia não significa isolamento, por isso, o direito se comunica com o seu ambiente, mas tal interação deve ocorrer através do que o sociólogo chamou de autopoiese. Em síntese, autopoiese significa uma comunicação horizontal, em que um sistema não se subordina ao seu ambiente, mas o utiliza a partir dos próprios mecanismos, regras e códigos¹⁵.

Apesar dessa relação ser presente em alguns países centrais, ela não representa a realidade dos países na “Modernidade Periférica”, que é caracterizada por relações alopoiéticas: comunicação vertical entre sistemas, em que um é um subordinado aos ditames do outro, o sistema confunde-se com o próprio ambiente¹⁶. Um exemplo claro da alopoiese no Brasil, dado por João Maurício Adeodato em sua obra *Ética e Retórica*:

[...] se, digamos, metade da população brasileira é economicamente carente (não importando os critérios usados para definir a carência) e noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados ajustam-se ao mesmo conceito, está havendo interferência da condição econômica na decisão sobre o lícito e o ilícito, pois a distribuição de assistência judiciária a todos não cumpre seu papel.¹⁷

Com esse entendimento, fica claro o que significa uma Constituição Simbólica: um texto criado e utilizado com fins exclusivamente políticos, sem nenhuma preocupação quanto a sua eficácia social. Esse simbolismo

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *El Derecho De La Sociedad*, Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. 2ª edición. México: Editorial Herder, 2005.

¹⁶ NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

¹⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica (Para uma teoria da dogmática jurídica)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 210.

é criado graças à subordinação do sistema jurídico ao sistema político, o código poder/não poder sobrepõe-se a função instrumental das normas jurídicas:

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das “Constituições nominalistas” dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do status quo social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. Indaga-se, então, qual o sentido da elaboração de textos constitucionais em tais circunstâncias.¹⁸

No entanto, quando analisamos o mesmo fenômeno através das teses neoinstitucionais, é possível somar à teoria tradicional de Marcelo Neves, outro fator gerador, outra causa, para o mesmo fenômeno. Por meio da relação conhecida como “relação de competição” as instituições informais, desenvolvem regras do jogo que, através de mecanismos próprios, punem ou beneficiam certos comportamentos que não condizem com o texto constitucional, tornando assim o texto um elemento retórico, um símbolo¹⁹. A Carta Magna não goza de artifícios fortes o suficiente para superar a rede de punições e incentivos oriunda da informalidade.

A divergência entre as instituições formais e informais se manifesta de modo tão forte, que supera-lá acaba sendo uma tarefa extremamente difícil. O Estado, devido à ineficácia das suas instituições, não consegue se manifestar com plenitude no real desenho institucional, é gradativamente consumido pela informalidade: torna-se fraco. Quando essa carência de efetividade institucional atinge o nível Constitucional, os resultados podem ser graves:

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática**: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Bibliografia digital do Senado Federal, 1996. p. 324.

¹⁹ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas — os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a "separação" de poderes e a eleição democrática não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população.²⁰

Assim, a consequência dessa “hipotrofia institucional” a nível constitucional é o enfraquecimento de um Estado democrático de direito, uma vez que a Constituição é a norma jurídica hierarquicamente superior às demais que garante os pilares de um regime democrático: os direitos fundamentais, o bem-estar social, o processo eleitoral justo e a divisão de poderes. Nenhuma democracia funciona bem sem instituições fortes²¹.

3. As diversas formas de manifestação da constituição simbólica

O simbolismo constitucional pode desempenhar três funções distintas - isoladamente ou concomitantemente - criando-se, a partir disso, três espécies de Constituição simbólica: as que corroboram valores sociais, as que funcionam como compromisso dilatatório e as que funcionam como álibi²².

O simbolismo presente na Constituição que busca a conformação de valores sociais, objetiva demonstrar que o Estado apoia determinados valores sociais presentes na sociedade. Na espécie de compromisso dilatatório, o simbolismo já se presta a outro papel: positivar necessidades, mas sem um compromisso presente, certo e determinado de que tais direitos positivados serão aplicados, porque eles não teriam eficácia plena²³, dado que precisam de uma legislação específica posterior

²⁰ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 91.

²¹ BRINKS, D.; LEVITSKY, S.; VICTORIA, M.; **Understanding Institutional Weakness**. Cambridge: Cambridge University, 2019.

²² NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

²³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^o edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

regulamentando-os, em suma, elaboram-se normas constitucionais de eficácia limitada. Na Constituição *Álibi*, o simbolismo busca acalmar os ânimos alterados da população que começa a buscar respostas estatais para alguns problemas sociais. Contudo, o Estado não faz nada além de abrandar a revolta popular, ao dizer que cumpriu com seu papel na resolução de tais questões quando na verdade a “ação” do Estado, não mudou em nada o arcabouço social²⁴.

Athanis Rodrigues testou a hipótese científica que as três últimas Constituições possuíam um caráter hipertroficamente simbólico em detrimento de sua função normativa-instrumental. Para isso, ele classificou a Constituição de 1946, 1967 e 1988 segundo as espécies elaboradas por Neves, mas sem negar a possível existência de normatividade de tais Cartas Magnas. Tal trabalho de Athanis, ajuda a compreender melhor os tipos de Constituição simbólica:

Ante o exposto, temos o seguinte: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, funcionou, em grande parte, como corroboração de valores sociais. Quando lembramos da conjuntura sociopolítica [...] que deu vazão à Constituição de 1946, fica patente como o valor social da “democracia” estava em voga e em disputa no seio da sociedade. [...] Já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, funcionou como Constituição-*álibi*, justamente pela necessidade de se reforçar a crença da sociedade nas ações do Estado, expondo-o como uma instituição merecedora da credibilidade e confiança públicas. [...] pode-se afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 serviu como fórmula de compromisso dilatatório, diante da necessidade de se institucionalizar um regime de transição democrática.²⁵

De qualquer modo, obtém-se um contexto onde as regras do jogo formal não conseguem superar a difícil barreira da efetividade: se as regras elaboradas para mitigar os problemas presentes na modernidade periférica²⁶ fossem realmente efetivadas, as consequências sociais e

²⁴ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

²⁵ RODRIGUES, Athanis Molas. **A realidade constitucional brasileira e o processo de constitucionalização simbólica**. Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo, 2011, p. 134.

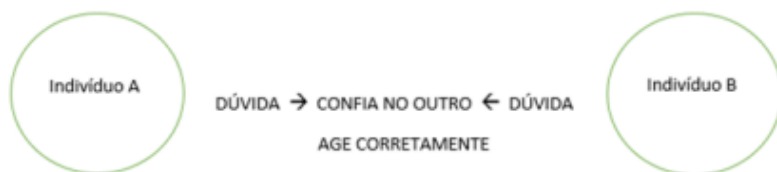
²⁶ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

distributivas seriam enormes fortes²⁷. Por mais rebuscada que seja a Carta Magna de um Estado, sozinha, não consegue ter força vinculante, todos aqueles inseridos na sociedade são responsáveis pela construção das instituições, sejam elas formais ou informais. A cooperação dos indivíduos torna-se, assim, crucial para que contextos institucionais prejudiciais sejam passíveis de mudança.

3.1 Constituição simbólica em seu sentido positivo

Quanto à questão da cooperação social, é válido realizar algumas considerações quanto ao Capital Social. Inicialmente, “pode-se definir capital social como um conjunto de laços e normas de confiança e reciprocidade contidos numa comunidade que facilitam a produção de capital físico e capital humano”²⁸. São valores compartilhados por membros de uma mesma sociedade que permitem um contexto de mútua cooperação. Por esperar que o outro se comporte de modo correto, um conjunto de indivíduos acaba por atuar, também, de modo honesto, desencadeando, assim, uma rede de confiança. (IMAGEM 1)

IMAGEM 1- Rede de confiança



Fonte: trabalho realizado pelas autoras²⁹

²⁷ BRINKS, D.; LEVITSKY, S.; VICTORIA, M.; **Understanding Institutional Weakness**. Cambridge: Cambridge University, 2019.

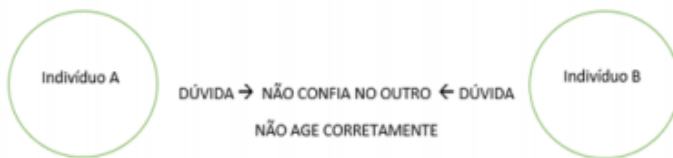
²⁸ SÉRGIO, Antônio. **O capital social e a análise institucional e de políticas públicas**. Revista de Administração Pública, 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6444>>. Acesso em: 18 de março 2020.

²⁹ A imagem gráfica foi realizada pelas autoras visando proporcionar uma melhor explicação do conteúdo.

Vale ressaltar que o indivíduo, como ser social, ao realizar sua atuação, leva consigo valores histórico e culturais. Os aspectos histórico-culturais, e até religiosos e educacionais, preenchem materialmente o comportamento dos indivíduos, de modo que em toda manifestação humana seja possível notar tais traços. Apesar de não atuarem, no sentido estrito, como regra do jogo, e, conseqüentemente, instituição, tais fatores fazem parte da estrutura institucional, facilitando, inclusive, no estabelecimento de um padrão comportamental.

Sociedades com histórico de aversão e repúdio à certas atitudes, perpetuam tais características de geração para geração, estabilizando a rede de confiança típica do capital social. Em contrapartida, sociedades desprovidas de tais características costumam cair na “Social Trap” (armadilha social). Historicamente, os indivíduos atuam de uma maneira não condizente ao considerado como honesto, desse modo, ao invés de uma rede de confiança, se consolida uma rede de desconfiança. O indivíduo não confia que o outro agirá de modo honesto, logo, atua de modo, também, não honesto. (IMAGEM 2).

IMAGEM 2- Rede de desconfiança



Fonte: trabalho realizado pelas autoras.³⁰

Assim, com a alteração das questões histórico-culturais que conduzem aos atos de natureza prejudicial à vida em sociedade, é possível transferir o cenário de divergência entre as instituições formais e informais, para um cenário de convergência. Nesse contexto, existe a

³⁰ A imagem gráfica foi realizada pelas autoras visando proporcionar uma melhor explicação do conteúdo.

alimentação das instituições informais de modo condizente ao proposto pelas regras do jogo formal. Tal mudança paradigmática na realidade social daria ensejo ao que Marcelo Neves intitulou como “Constituição Simbólica no seu sentido positivo”.

O sentido positivo de a Constituição significa a possibilidade de tomada de consciência do público, desencadeando em uma mobilização social para alcançar a efetividade dos direitos constitucionais positivados³¹. Com a passagem da situação de “social trap” para uma de “capital social”, os indivíduos irão externalizar forte frustração à ação não honesta do outro, já que, essa era esperada e difundida culturalmente. Na Constituição Simbólica, assim, terá espaços para uma luta social em prol da sua força normativa, em prol do abandono do seu caráter simbólico. Os governantes serão pressionados a cumprir com o estabelecido pela norma legal, assim como a sociedade no geral.

Conclusões

A perspectiva neoinstitucional torna-se uma importante ferramenta para analisar, através de um novo viés, o fenômeno conhecido como Constituição Simbólica. Ao trazer a relação dialética entre indivíduo e instituição na construção do real desenho institucional, o neoinstitucionalismo é capaz de propor um estudo inovador.

Além disto, apesar da Constituição prescrever normas com vistas a guiar as expectativas normativas e promover o bem-estar social de todos, a realidade vivenciada não faz parte da vida de muitos cidadãos, principalmente nos países subdesenvolvidos. No sufrágio ilícito - exemplo utilizado - é possível evidenciar que a prescrição legal não se torna efetiva. Desse modo, ocorre o desenvolvimento de novas regras informais divergentes utilizadas em prol da vontade particular, assim, tornando o texto legal mero simbolismo. É notório o desenvolvimento de mecanismos próprios para seu funcionamento, como benefícios e punições atribuídos

³¹ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

para incentivar comportamentos compatíveis com essas instituições informais.

A contemplação negativa do simbolismo constitucional evidenciada através das lentes neoinstitucionais acaba, também, elucidando as fraquezas da Carta Magna. Assim, expondo as insuficiências dos mecanismos estatais para superar a rede de punições e incentivos nativas da informalidade.

Dessa forma, toda essa percepção elucidada consequências graves para o Estado democrático de direito, já que a Constituição é o pilar da garantia do regime democrático. A soberania popular, como a representação da Carta Magna, manipulada sob o manto das instituições informais torna-se a degeneração dos direitos, da cultura e do próprio regime político.

Por fim, a Constituição Simbólica em sua concepção negativa pode ensinar a sua versão positiva, dado que a população subordinada não será aquiescente para sempre. Em algum momento o povo não permitirá mais que o texto constitucional seja apenas um mecanismo retórico de preservação da opressão e do status quo. O simbolismo constitucional que é a causa da manutenção do poder, será também a causa de sua perda.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica (Para uma teoria da dogmática jurídica)**. 5^o edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRINKS, D.; LEVITSKY, S.; VICTORIA, M.; **Understanding Institutional Weakness**. Cambridge: Cambridge University, 2019.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^o edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- ENRIQUE, S.; ELISABETE, F. **Coletânea de Políticas Públicas: Volume 1**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2006.
- HELMKE, G.; LEVITSKY, S. **Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda**. Perspectives on Politics, 2004. Disponível em:

<https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/883_informal-institutions.pdf>.
Acesso em: 19 janeiro 2020.

HELMKE, G.; LEVITSKY, S. **Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America**, Maryland: JHU PRESS, 2006.

IMMERGUT, Ellen. **The Theoretical Core of the New Institutionalism**. Politics and Society, 1998. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0032329298026001002>> . Acesso em: 04, janeiro 2020.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho De La Sociedad**, Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. 2º edición. México: Editorial Herder, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Athanis Molas. **A realidade constitucional brasileira e o processo de constitucionalização simbólica**. Revista do Núcleo de Estudos de Direito Alternativo, 2011. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/293>>. Acesso em: 13, fevereiro 2020

NÓBREGA, Flavianne. **Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado**. João Pessoa: Ideia, 2013.

NOGUEIRA, Fernanda. **Compra de votos e abuso de poder: uma análise das infrações eleitorais à luz da Constituição Federal**. Revista POPULUS, 2015. Disponível em: <http://eje.treba.jus.br/pluginfile.php/897/mod_page/content/4/COMPRA%20DE%20VOTOS%20E%20ABUSO%20DE%20PODER%20UMA%20AN%C3%81LISE%20DAS%20ENFRA%20C3%87%C3%95ES%20ELEITORAIS%20C3%80%20LUZ%20DA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20FEDERAL.pdf>. Acesso em: 26, fevereiro 2020.

Pesquisa revela que compra de votos ainda é realidade no país. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Fevereiro/pesquisa-revela-que-compra-de-votos-ainda-e-realidade-no-pais>>. Acesso em: 13, fevereiro 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Combate à corrupção é imperativo para resgatar a força da Constituição**. CONJUR, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016->

jun-22/c ombat e-corrupcao-essencial-resgate-forca- constituicao>. Acesso em: 26, fevereiro 2020.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder** . Senado Federal, 1996. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>> . Acesso em: 11, fevereiro 2020.

SÉRGIO, Antônio. **O capital social e a análise institucional e de políticas públicas**. Revista de Administração Pública, 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6444>>. Acesso em: 18 de março 2020.

SÉRGIO, Paulo. **Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neoinstitucionalismo da ciência política** . Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000300005>. Acesso em: 28, janeiro 2020.

Vereador do Cabo de Santo Agostinho condenado por compra de votos tem mandato cassado pelo TRE . G1 -PE, 2015. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/12/17/vereador-do-cabo-de-santo-agostinho-condenado-por-compra-de-votos-tem-mandato-cassado-pelo-tre.ghtml>>. Acesso em: 13, fevereiro 2020.

Parte IV

Direitos humanos, inclusão e cidadania

**Democracia e o direito dos excluídos:
uma breve análise sobre a proteção jurídica de
pessoas transgênero que não se submeteram
a cirurgia de transgenitalização**

Camilla Danielle Soares Costa

Introdução

Este estudo traz uma reflexão sobre a situação jurídica de travestis e transexuais que não se submeteram a cirurgia de transgenitalização, também conhecida como cirurgia de “mudança de sexo”, no Estado Democrático de Direito, objetivando contribuir com argumentos neste campo dos estudos de gênero, ao mesmo tempo em que favorece a visibilidade desse tópico na academia e na sociedade.

O direito a identidade de gênero é o direito de cada um ser reconhecido como realmente é, e, por causa disso, o indivíduo deve ver respeitado o direito à sua própria imagem real, segundo os valores que crê, não de acordo com uma imposição social. Portanto, essa identidade pode estar, ou não, relacionada ao sexo atribuído no momento do nascimento. Quando a pessoa não se identifica com a identidade que lhe foi atribuída, é denominada de transgênero (transexual e travesti) e, apesar de possuírem disforia de gênero, existem pessoas trans que não desejam realizar a cirurgia de transgenitalização, por diversos motivos.

O reconhecimento ao nome social busca garantir o respeito à identidade de gênero das pessoas transexuais, prevenindo-as de atos

discriminatórios. Contudo, a utilização do nome social não resulta em alterações dos documentos ou registro civil da pessoa, permanecendo inalterados o prenome e o sexo, tornando-se evidente que a retificação do prenome seja necessária para que haja a efetiva identificação da pessoa para com a sociedade, bem como para com a sua própria personalidade.

Portanto, o presente estudo irá investigar a possibilidade da retificação do registro civil dessa parcela da população que optou por não se submeter cirurgia de transgenitalização. O objetivo geral é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, tendo como objetivos específicos a realização de revisão de literatura sobre a transexualidade, estudo sobre o direito ao nome e ao nome social e a análise da evolução histórica da situação jurídica do transgênero que não optou pela cirurgia. Este trabalho se utilizará do método dedutivo e da técnica de procedimento bibliográfico.

Com o desenvolvimento do presente estudo, a expectativa é de criar um espaço aberto de diálogos positivos e confiáveis para que as pessoas possam reconhecer a identidade trans e que possam entender que as pessoas transgênero, submetendo ou não a cirurgia de “mudança de sexo”, devem ser tratadas em igualdade como outras pessoas, pois o respeito não cria rótulos. A democracia é direito de todos, não só da maioria. As pessoas transgênero são tidas como minorias, alvos do preconceito e da discriminação, merecendo, portanto, tutela diferenciada e mais atenta para terem seus direitos reconhecidos.

1. Entendendo os conceitos

Para compreender o conceito de transexualidade, é necessário, primeiro, entender o significado de identidade de gênero.

A identidade de gênero é um sentimento íntimo, próprio da pessoa em relação a sua identificação como homem ou como mulher. De acordo com os princípios de Yogyakarta (2006), a identidade de gênero pode ser compreendida como:

a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.¹

O direito a identidade de gênero é o direito de cada um ser reconhecido como realmente é, e, por causa disso, o indivíduo deve ver respeitado o direito à sua própria imagem real, segundo os valores que crê, não de acordo com uma imposição social.

Portanto, essa identidade pode estar, ou não, relacionada ao sexo atribuído no momento do nascimento. Cisgênero é a pessoa que se identifica com o seu sexo biológico. Por outro lado, quando a pessoa não se identifica com a identidade que lhe foi atribuída, é denominada de transgênero, sendo a manifestação da sua liberdade de gênero.

O transexual é aquela pessoa que se não se identifica com a identidade que lhe foi atribuída, mas com o gênero oposto àquele socialmente atribuídos ao seu sexo biológico. O transexual possui “uma dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, que geralmente não sente prazer na utilização do seu órgão sexual e que não deseja que as pessoas em geral saibam de sua condição transexual após a adequação de sua aparência a seu sexo psíquico”².

Importante ressaltar que apesar de possuírem disforia de gênero, atualmente existem transexuais que não desejam realizar a cirurgia de transgenitalização, também conhecida como cirurgia da “mudança de sexo”, por uma série de fatores, como o medo da cirurgia, a ausência de condições financeira e o temor de não ter prazer sexual com o novo órgão

¹ *Princípios de Yogyakarta*. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. p. 07 Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submetem à cirurgia de transgenitalização. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 281

sexual construído cirurgicamente. Há ainda transexuais que simplesmente não sofrem de uma aversão por seu órgão sexual, mas apenas não sente o prazer genuíno durante a relação sexual.

Em virtude dessa evolução conceitual do transexual, a diferença deste para o travesti se tornou bastante sutil, porém ela existe. O travesti é a pessoa que, apesar de possuir uma relativa dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, não sente repulsão por seu órgão genital, inclusive sente o prazer na sua utilização durante as relações sexuais, “e não se importa que as pessoas em geral saibam de sua condição embora socialmente também prefira ser tratada como pessoa relativa à aparência que efetivamente ostenta”³.

Apesar de existir essa distinção conceitual entre travestis e transexuais, na prática essa diferença não deve ser aplicada. Não se pode simplesmente ensinar as transexuais e as travestis o que seria cada uma das categorias, cabendo a elas a se adequar de acordo com o que cada nomenclatura corresponderia, pois isso causaria um verdadeiro desconforto e incômodo. É preciso perguntar àquela pessoa como é que ela quer ser identificada, ser vista e reconhecida.

A transexualidade e travestilidade não tem nenhuma relação com a homossexualidade. Contudo, para entender o que significa a homossexualidade, é importante compreender o conceito de orientação sexual.

A orientação sexual trata-se da atração erótico-afetiva que se sente por pessoas do mesmo sexo, pessoas de sexo diverso ou de ambos os sexos. É a capacidade que cada um possui em sentir atração emocional, afetiva ou sexual por outros indivíduos.

Segundo uma cartilha⁴ divulgada pelo Ministério Público Federal (MPF), as orientações sexuais mais comuns são: 1) homossexualidade: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa do mesmo gênero; 2)

³ *Ibidem*, p. 281.

⁴ O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI : Conceitos e Legislação /Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midioteca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>

heterossexualidade: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa de gênero diferente; 3) bissexualidade: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas dos dois gêneros; 4) assexualidade: ausência de atração sexual por pessoas de ambos os gêneros.

Portanto, a pessoa homossexual é aquela que não sofre dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico; é um homem que se entende como homem e ama outros homens, assim como a mulher que se entende como mulher e ama outras mulheres.

De acordo com Maria Berenice Dias:

A sexualidade não se limita à anatomia dos órgãos genitais, mas sim a um conjunto de fatores psicológicos, sociais e culturais (...). E o nome é o identificador essencial da pessoa. A sociedade tem interesse em não confundir seus membros entre si, e a esse interesse público se soma o interesse privado do indivíduo em se identificar e não ser confundido com outrem.⁵

O nome é identificado pela doutrina como um dos direitos da personalidade, estes correspondem a direitos que integram a condição essencial da pessoa humana como pressupostos de sua existência e de sua dignidade. De acordo com Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade podem ser conceituados como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio.

O Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 16, que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e sobrenome”. Dessa forma, o nome é o meio de identificação da pessoa natural para com a família e com a sociedade, impedindo que ela seja confundida com outra. Conforme exposto, o nome possui dois elementos essenciais: 1) o prenome, que é o “primeiro nome”; 2) o sobrenome ou nome de família, o qual advém da própria filiação.

Por sua vez, o nome social reflete a manifestação da identidade de gênero adotada pela pessoa transexual. O reconhecimento ao nome social

⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 280-306.

busca garantir o respeito à identidade de gênero das pessoas transexuais, prevenindo-as de atos discriminatórios. Contudo, apesar disso, a utilização do nome social não resulta em alterações dos documentos ou registro civil da pessoa, permanecendo inalterados o prenome e o sexo, tornando-se evidente que a retificação do prenome seja necessária para que haja a efetiva identificação da pessoa para com a sociedade, bem como para com a sua própria personalidade.

2. O direito à retificação do registro civil das pessoas transgênero

Uma vez definidos os conceitos considerados essenciais a serem trabalhados ao longo desse tópico, é importante analisar a evolução histórica do direito à retificação do registro civil das pessoas transgênero (transexuais e travestis), para em seguida focar na histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, que reconheceu que as pessoas trans podem alterar o prenome e o sexo no registro civil sem que se submetam à cirurgia ou à decisão judicial.

Nos anos de 1990, predominava o entendimento de que, mesmo sendo realizada a cirurgia de transgenitalização, a pessoa transexual não poderia alterar o seu prenome e sexo no registro civil, sob o argumento de que isso poderia “permitir o casamento homossexual” e “que a cirurgia seria meramente plástico-estética, não ‘mudando o sexo’ da pessoa pela permanência de seus cromossomos e que, quaisquer constrangimentos que a pessoa sofresse seriam decorrentes de sua ‘escolha’ pela cirurgia”⁶.

Sob esse contexto, o STF negou o direito da atriz e modelo Roberta Close de mudar seus documentos. Contudo para a sorte dela, o processo em questão por ser de jurisdição voluntária, não forma a chamada coisa julgada material, sendo possível o ingresso de uma nova ação. Foi o que aconteceu em 2005, quando Close obteve sentença favorável.

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. STF e o Registro Civil das Pessoas Transgênero. VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros* / Tereza Rodrigues Vieira (Organizadora) - 1.ed. - Brasília, DF; Zakarewicz editora, 2019, p. 316.

Em algum momento da primeira década dos anos 2000, o entendimento jurisprudencial dominante firmou no sentido de que, era possível a alteração tanto do prenome quanto do sexo da pessoa no registro civil, desde que realizada a cirurgia de transgenitalização.

Desde então, a discussão existente passou a ser da possibilidade ou não de alterar o prenome e o gênero da pessoa transgênero no registro civil, mesmo sem a cirurgia. Alguns julgados deferiam apenas a mudança do prenome, independente de cirurgia, outros permitam a mudança, enquanto não finalizada todas as “etapas” em andamento. Ainda era bastante minoritária a jurisprudência neste sentido.

A título de exemplo, tem-se o julgado feito em 2005 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) que concedeu a mudança de gênero sexual a uma pessoa sem que ela tivesse completado todas as etapas cirúrgicas (APCIVIL 70011691185 15.09.2005). Tal entendimento seguiu-se posteriormente, naquele mesmo tribunal, em hipótese semelhante em que a pessoa ainda estava em tratamento para alteração das características físicas, não tendo sido, ainda realizada a cirurgia definitiva de implementação do pênis (APCIVIL 70019900513 13.12.2007). Segundo a *ratio decidendi* do TJRS, “deve prevalecer o sexo psicológico sobre a sexualidade meramente anatômica”.

A partir da segunda década dos anos 2000, começou a consolidar a evolução jurisprudencial.

Em 2009, a Procuradoria Geral da Republica (PGR) apresentou ação no STF (ADI 4275), pleiteando a mudança de nome e de gênero de transexuais no registro civil, independentemente de cirurgia, mas desde que houvesse laudos exigidos pelo Conselho Federal de Medicina para a realização da cirurgia.

Em 2014, chegou ao STF recurso extraordinário (RE 670.422/RS) de homem trans contra decisão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, que havia permitido a mudança do seu prenome, mas não de seu gênero no registro civil, ao qual foi reconhecida a repercussão geral no mesmo ano.

No dia 07 de junho de 2017, a história foi feita, com a primeira sustentação oral de uma advogada transgênero no STF, feita pela ativista Gisele Alessandra Schmidt e Silva. O julgamento do recurso extraordinário teve início efetivo no dia 22 de novembro de 2017.

No dia 01 de março de 2018, a ADI nº 4275 foi julgada procedente pelo STF, sendo reconhecido “aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”⁷. E no dia 15 de agosto do mesmo ano, o RE 670.422/RS foi julgado. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator Ministro Dias Toffoli deu provimento ao recurso, fixando a seguinte tese:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos⁸.

Além disso, também em 2017, uma nova decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possibilitou a retificação de registro civil de transexuais independente de cirurgia de transgenitalização, no qual declarou que a jurisprudência “deve evoluir para alcançar também os

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio. Dje 6-03-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI4275.pdf>

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 670.422/RS. Plenário. Rel. Min Dias Toffoli. Dje 17-08-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>

transexuais não operados conferindo-se assim a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana (...)”⁹. Motivo pela qual a retificação de prenome e gênero de transexuais no registro civil deve ser deferida para que sejam:

Resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à dignidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas da vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdade fáticas que venham a coloca-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).¹⁰

Por fim, no dia 29 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o provimento 73/2018, que regulamentou a decisão do STF sobre a mudança do nome e do sexo de pessoas trans. Mesmo não sendo necessária, tal regulamentação se tornou importante, pois enquanto que diversos tribunais de justiça estavam regulando o tema de forma diferente, gerando insegurança jurídica país afora, outros estavam simplesmente esperando a regulamentação do CNJ, frustrando os direitos das pessoas trans.

3. Opinião consultiva N° 24

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão de caráter judicial autônomo com a função de interpretar os artigos compostos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, composta por duas grandes atribuições: a consultiva, relativa a interpretação dos artigos; e a contenciosa, que possui um caráter jurisdicional referente a solução de controvérsias apresentadas sobre os mesmos dispositivos.

⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1.626.739 RS. 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Dje 01-08-2017.

¹⁰ Idem.

Na função consultiva, todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) podem requerer um parecer da Corte IDH no que concerne à interpretação a Convenção ou dos tratados de direitos humanos que integram o sistema interamericano.

Partindo desse pressuposto, no dia 18 de maio de 2016, o Estado da Costa Rica protocolou um consulta perante a Corte IDH. Na solicitação, a Costa Rica questionou se a proteção explicitada nos artigos 11.2 (direito à privacidade), 18 (direito ao nome) e 24 (direito à não discriminação) da Convenção Americana de Direitos Humanos engloba o direito à alteração do nome da pessoa de acordo com a identidade de gênero. Indagou também sobre a (in)convencionalidade da lei civilista costarricense que obriga a pessoa que pretende alterar seu nome por motivos de identidade de gênero a ingressar com uma ação judicial para tal intento.

Em resposta, a Corte IDH emitiu a Opinião Consultiva 24, em 2017, estabelecendo que a mudança de nome a adaptação da imagem bem como a retificação do sexo ou gênero no Registro de Nascimento e nos documentos de identidade constituem-se como direitos protegidos pelo artigo 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), pelo art. 7.1 (direito à liberdade), pelo art. 11.2 (direito à privacidade) e pelo art. 18 (direito ao nome) da Convenção.

A Corte Interamericana decidiu que os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação de gênero podem recorrer a um procedimento ou trâmite focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida e baseado exclusivamente no consentimento livre informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como certidões médicas e/ou psicológicas. Segundo a Corte, a identidade de gênero não se prova, por ser algo autopercebido, portanto a exigência de laudos viola o direito da liberdade e da autonomia moral da pessoa transgênero na definição de sua identidade.

Por fim, o tribunal internacional também destacou que o procedimento mais adequado à alteração dos registros é aquele materialmente administrativo ou notarial. Isso não significa que um juiz

esteja impedido de analisar um caso de modificação registral, mas sim que esse procedimento será materialmente administrativo, isto é, não cabe à autoridade judicial verificar qualquer condição, exceto a vontade livre, para a readequação dos registros à identidade social do requerente.

A Corte considerou que o nome e a menção a sexo nos documentos de registro de acordo com a identidade de gênero autopercebida são garantias protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, os Estados-parte da OEA estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para o alcance dessas garantias. No Brasil, o STF e o CNJ acolheram os fundamentos da Corte IDH.

A existência dessas normas e orientações internacionais e o fato do Brasil ter aderido à competência da Corte IDH implicam que o país deve cumprir e respeitar as decisões sobre a temática de Direitos Humanos e que, caso não o faça, se sujeita a responder a representações ou até aos processos internacionais.

Conclusão

Neste artigo, investigaram-se algumas demandas suscitadas nos Tribunais Superiores pela população LGBT, mais especificamente sobre a possibilidade ou não da retificação do prenome e do sexo de registro civil de pessoas transgênero que não se submeteram a cirurgia de transgenitalização, além de serem feitas algumas análises sobre a mesma temática a nível internacional.

Portanto, conforme analisado, apesar de possuírem disforia de gênero, existem transexuais que não desejam realizar a cirurgia da “mudança de sexo”, por uma série de fatores, seja por medo da cirurgia, ou por ausência de condições financeira e até mesmo por temor de não ter prazer sexual com o novo órgão sexual construído cirurgicamente. E em março de 2018, o STF reconheceu o direito a retificação do registro civil de

pessoas trans e, no mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o provimento 73/2018, que regulamentou a decisão do STF.

No viés internacional, a Corte IDH emitiu a Opinião Consultiva 24, em 2017, estabelecendo a possibilidade da retificação do nome e sexo ou gênero no Registro de Nascimento de acordo com a identidade de gênero autopercebida.

A pessoa é muito mais do que sua genitália. O sexo psicológico e o sexo social devem prevalecer sobre o sexo meramente biológico, deferindo-se aos travestis e aos transexuais o direito de retificar seu prenome e sexo independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Carolina Cravo de. **O reconhecimento da identidade de gênero e a possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro civil do transexual**. 2017. 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2017.

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

BRASIL. **Código Civil** (2002). Lei nº 10.406: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 73 de 28 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cnj-regulamenta-alteracoes-nome-sexo.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução 175**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> Acesso em: 10 de outubro de 2019

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm. Acesso em: 23 de setembro de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Provimento n. 0007/2018**, de 25 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1866099/PROVIMENTO+N%C2%BA+007-2018+CGJ+-+Publicado+no+DJe+de+31-05-2017.pdf/3d87e566-f74d-cb5e-a62a-4632f68452d1>. Acesso em: 10 de outubro de 2019

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3. Ed - São Paulo: RT 2017.

INTERDONATO, Giann Lucca. **“Trans-identidade”: a transexualidade e o ordenamento jurídico** / Giann Lucca Interdonato, Marisse Costa de Queiroz. 1 ed - Curitiba. Appris 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI : Conceitos e Legislação** / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017> Acesso em: 10 de novembro de 2019

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4275**. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio. Dje 6-03-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI4275.pdf>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 670.422/RS**. Plenário. Rel. Min Dias Toffoli. Dje 17-08-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RESP 1.626.739/RS**. 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Dje 01-08-2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp 1.183378/RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a Turma. j. 25-10-2011, Dje 1-2-2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. STF e o Registro Civil das Pessoas Transgênero. VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros** / Tereza Rodrigues Vieira (Organizadora) – 1.ed. – Brasília, DF; Zakarewicz editora, 2019

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submetem à cirurgia de transgenitalização. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 280-306.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra de (Organizadores). **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**. 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (Organizadoras). **Família, Psicologia e Direito**. 2. Ed – Brasília – DF: Zakarewicz Editora, 2018.

Justiça de transição e controle de convencionalidade das leis de anistia no contexto latino americano

*Renata Santa Cruz Coelho*¹

*Caroline Alves Montenegro*²

Introdução

A ditadura civil-militar brasileira de 1964 foi um período de terríveis crimes contra o ser humano e a sua liberdade democrática, em nível nacional, contra os que eram considerados ameaças ao regime, os que defendiam ou comungavam com ideias socialistas e comunistas. Naquela época, houve a instalação da ditadura militar de direita na América do Sul. O nosso país possui algumas medidas tardias relacionadas ao processo de Justiça de Transição. A lei de Anistia, de 1979, apesar de ser considerada o primeiro passo para a redemocratização do país, tem inúmeras falhas em razão da forte imposição militar.

Uma das dimensões da justiça transicional brasileira, que a caracteriza, consiste na reparação, este reconhecimento, com relação aos perseguidos políticos e não aos torturadores, teve início na CF/88, no artigo 8º do ADCT, dentre outras medidas legislativas posteriores, como, o reingresso à função anterior, a incorporação do tempo para a previdência social, outras formas de reparação com a Comissão da Memória e Verdade, Caravanas da Anistia, etc. Algumas mudanças são

¹ Doutoranda em Direito (UNICAP). Advogada.

² Mestra em Direito (UNICAP). Advogada.

observadas, no entanto, o nosso país é considerado o único de sua região, ao contrário da Argentina, por exemplo, a adotar um posicionamento não evoluído no que diz respeito à anistia dos crimes políticos da ditadura militar da década de 1970, sem analisar de forma adequada as jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de forma diversa a: Chile, Peru e Uruguai, em assuntos relacionados ao tema.

Nesse sentido, é de bom alvitre mencionar as etapas da Justiça de Transição no Brasil: com a Lei 6.683/79, as modificações na anistia, a partir do art.8º do ADCT, a decisão da ADPF nº153/10 sobre a anistia dos crimes políticos e conexos durante o regime militar brasileiro, há a necessidade de uma reinterpretção jurídica pelos operadores do direito, que não podem olvidar as obrigações e compromissos internacionais ajustados em nosso país, assim como o que já vem ocorrendo com o papel do MP e suas competências. Também não podemos deixar de mencionar a recente condenação do Brasil, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foi julgado em 2018, o caso Vladimir Herzog.

A interpretação da Lei da Anistia com o julgamento da ADPF nº153 causou controvérsias. Isso porque o STF decidiu, em abril de 2010, pela adequação da Lei de Anistia de 1979 à CF/88, que perdoou tanto os agentes de repressão, quanto os condenados pelo regime militar por cometerem crimes considerados subversivos, no período da ditadura civil-militar brasileira. Já a CrIDH, no caso Gomes Lund e outros versus Brasil, conhecido como Guerrilha do Araguaia, seguindo orientações do Peru e Chile, em 2010, decidiu que esses crimes devem ser investigados, os infratores processados e julgados, por se tratar de crimes de lesa-humanidade, havendo a determinação da necessidade de apuração das responsabilidades e a observância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Além disso, constatou que, a reparação, a memória, a reforma nas instituições e a responsabilização dos culpados são considerados elementos relevantes para a Justiça de Transição. Não obstante, estamos em um momento político, em que o chefe do Executivo Nacional, a cada

dia atua com o escopo de fragilizar as instituições democráticas, com um discurso de que não houve o golpe militar de 64 e o pior de tudo, exalta a figura do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que foi considerado um dos piores torturadores que o Brasil teve.

Em maio de 2014, o Partido Socialismo e Liberdade, PSOL, ajuizou a ADPF n° 320, argumentando que o não cumprimento da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund e outros, implicava na violação de alguns preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal de 1988. Dentre eles, foram mencionados os relativos à soberania e à dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (artigo 1º, incisos I e III); à prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro (artigo 4º, inciso II); ao reconhecimento da normatividade dos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil figura como parte (artigo 5º, Parágrafo 2º); e à defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (artigo 7º do ADCT), evidenciando ainda mais a controvérsia acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal.

No parecer, nos autos da ADPF n° 320, apresentado em 28 de agosto de 2014, a Procuradoria Geral da República, PGR, deu parecer favorável, alegando que, com o julgamento ocorrido em 2010 da ADPF n°153/08, o STF decidiu que a Lei de Anistia é válida à luz da Constituição de 1988, ao passo que a Corte Interamericana, em pronunciamento no final daquele mesmo ano, declarou-a incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esta ADPF n° 320 ainda não foi julgada pelo STF e a ADPF n° 153 está com embargos declaratórios, pendente de julgamento.

Em maio de 2018, membros da CNV (Comissão Nacional da Verdade) e familiares de mortos e desaparecidos políticos defenderam a revisão da lei da anistia pelo STF, em audiência pública, na Comissão de Direitos Humanos do Senado. Claudio Fonteles, um dos juristas presentes, argumentou que a CF/88 deixa claro que crimes como homicídio,

desaparecimento forçado e tortura praticados por agentes do Estado não prescrevem.

Para fazer valerem as promessas introduzidas a partir da modernidade, dentre as quais, igualdade, justiça social, a proteção aos direitos fundamentais e humanos, são necessárias, portanto, as aberturas no momento da aplicação do critério hermenêutico, como também a aplicação da norma mais favorável à dignidade da pessoa humana, mas é preciso um aparato de intérpretes que se comprometam a converter suas decisões em face à complexidade do Estado democrático e plural, pois viver na pluralidade democrática republicana de unidades federativas autônomas e interdependentes significa agregar políticas em prol de uma sociedade diferente, mas que precisa se equiparar na concretização e reconhecimento de direitos universais, como os direitos humanos.

1. Decisões da corte interamericana de direitos humanos sobre a anistia dos crimes políticos nas ditaduras militares no contexto latino americano

O Golpe militar de 1964, com a derrubada do governo de João Goulart, resultou em um longo contexto histórico brasileiro de repressão e controle dos governos militares contra os inimigos internos, que eram aqueles que realizaram mobilizações de caráter socialistas, a exemplo, os estudantes universitários, intelectuais, os operários e os trabalhadores rurais. (ABRUCIO, 2005, p.46).

Nas palavras de ABRUCIO:

“[...] na República velha, predominou um modelo centrífugo, com Estados tendo ampla autonomia, pouca cooperação dos governos estaduais, particularmente no Estado Novo, entre si e um governo federal bastante fraco. Nos anos Vargas, o Estado nacional fortaleceu-se, mas os governos perderam a autonomia. O interregno 1946-1964 foi o primeiro momento de maior equilíbrio em nossa federação, tanto do ponto de vista da relação entre as esferas de poder como da prática democrática. Mas o golpe militar acabou com esse padrão e, por cerca de 20 anos, manteve um modelo autoritário, com

grande centralização política, administrativa e financeira”. (ABRUCIO, 2005, p.46).

Esse momento ficou conhecido internacionalmente pelo abuso do poder, as prisões arbitrárias e ausência de liberdades de expressão. A democracia era um sonho muito distante, assim como houve um falso crescimento econômico no país com a abertura ao mercado e ao capital externo, a nacionalização de empresas estrangeiras. O lema da ditadura era dar segurança ao povo brasileiro, por isso, criou-se um Conselho Nacional de Segurança, entretanto, era controlado pelos militares. (ALVES, 1984, p.55).

Para ALVES:

A suspensão dos direitos políticos eliminava o direito de voto, de candidatura eleitoral e de participação em atividades político-partidárias. O Ato continha uma lista daqueles que imediatamente perderiam seus mandatos eleitorais e teriam suspensos seus direitos políticos. O nome do Ex-Presidente João Goulart encabeçava a lista, seguido por 40 membros do Congresso Nacional. Outras 100 pessoas mencionadas perdiam seus direitos políticos por dez anos. (ALVES, 1984, p.55).

Atualmente, o Brasil está sob a vigência da Constituição de 1988, que foi considerado um importante documento político para o povo brasileiro, no período de redemocratização do país, o que resultou na formação de uma sociedade democrática, aberta, plural e complexa. Por meio desta carta política, conhecida como carta-cidadã, houve uma valorização dos direitos e garantias fundamentais, o respeito e o cumprimento dos compromissos celebrados pelo Brasil na ordem internacional. Por conseguinte, tem ocorrido uma crescente participação do país no cenário internacional, o que deve ser realçado com a exigência do cumprimento das obrigações internacionais ajustadas.

A sociedade moderna, portanto, para NEVES (2009), é centrada em várias ordens racionais, e não apenas na imposição da monarquia ou da igreja. Isso não significa, inicialmente, que a modernidade europeia foi

introduzida com a extinção do absolutismo monárquico com diferenciação funcional entre política e direito. Ao contrário, não existia uma subordinação do soberano às leis postas por outros homens, o que existia era uma tendência à dessacralização do direito.

A sociedade começa a se transformar com a modernidade. A complexidade social faz com que surjam autonomias nas esferas de comunicações. Nas palavras de NEVES (2009), “há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção de liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional”.

Para NEVES (*OP.CIT.*), a constituição em um estado democrático possui as exigências de estado de direito e direitos fundamentais como contornos estruturais para a tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive, com a possibilidade de uma decisão majoritariamente democrática poder ser declarada inconstitucional. Isso significa que não há necessariamente uma harmonia, mas pode existir uma relação de complementação e tensão recíprocas.

Nesse sentido, fala-se que os procedimentos no Estado de Direito nem sempre são resultantes de um consenso, pois o dissenso também é uma atividade funcional da democracia plural da atualidade. Por isso, não se admite a exclusão, tampouco formas de discriminação. Afinal, a sociedade democrática mundial tem como um de seus princípios a promoção da igualdade na heterogeneidade, diversidade, dissenso:

Pelo contrário, a visão complexa assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a se expressar, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática em que prevaleçam a participação e a decisão coletivas (FLORES, 2009, p. 158).

Argumenta SANTOS (2011) que estamos vivendo em um período em que precisa existir uma maior discussão política em assuntos constitucionais, que garantam, de fato, uma democracia, que não

corresponde à mera vontade da maioria, mas precisa respeitar a minoria, sob pena de estabelecer uma forma de ditadura.

Em meio, a todo esse movimento de integração regional em assuntos de relevância coletiva, surge a Corte Interamericana de Direitos Humanos que é um órgão judicial deste sistema, cujas decisões possuem como enfoque a proteção dos direitos humanos e/ou fundamentais do ser humano. Os Estados-membros que admitiram a jurisdição desta Corte precisam reconhecer gradativamente suas decisões internamente, principalmente, através de uma participação mais ativa dos operadores do direito, que devem apoiar uma maior integração e abertura, para que haja um adequado cumprimento das obrigações internacionais acordadas em países, como o Brasil.

Para MAZZUOLI (2009), há uma tendência a tornar o princípio internacional *pro homine* como princípio geral do direito, que, no direito interno, divide-se em dois: o princípio da dignidade humana e o princípio da prevalência dos direitos humanos, uma vez que, em um caso que diz respeito ao direito internacional dos direitos humanos, deve prevalecer a norma mais favorável à proteção e à dignidade humana. Isso significa que o Brasil está inserido na pós-modernidade jurídica, o que se constata por meio de uma complementação da aplicação dos tratados internacionais e da Constituição Federal, ambos voltados à solução mais favorável ao ser humano.

O Controle de Convencionalidade, assim, é considerado um importante mecanismo que se tem exigido dos Estados em seu ambiente interno, firmando-se obrigações internacionais decorrentes da Convenção Americana, ao aceitarem a jurisdição da CIDH, por exemplo. Portanto, precisam conscientizar os juízes da importância da fiscalização de seu cumprimento, da mesma forma que é realizado com o Controle de Constitucionalidade, em face da Constituição.

LÁZARO (2010) entende que o direito não é tão somente o nacional, portanto, independente da forma de recepção do direito internacional no ambiente interno, este deve ser considerado um complemento da garantia

e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Por isso, em Estados democráticos de direito, o controle de convencionalidade é utilizado como resposta ao princípio da legalidade, com a finalidade de conter o exercício do poder público com base na lei, uma vez que, na contemporaneidade, o princípio da legalidade é marcado pela necessidade da proteção e promoção autêntica da cultura dos direitos humanos.

Constata-se que o Brasil tem resistido ao intercâmbio de experiências constitucionais, entre ordens jurídicas, como a CrIDH, em algumas situações relacionadas aos direitos fundamentais e humanos, quando possuem seus interesses em divergência, apesar de possuir, em sua Constituição, cláusulas abertas aos direitos e garantias previstas em Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos que complementam o texto constitucional. Portanto, em um momento de um crescente movimento de internacionalização dos direitos humanos, é preciso um maior respeito a esses direitos no ambiente interno.

O controle de convencionalidade no Brasil representa um importante avanço no constitucionalismo interno, sendo uma das maneiras de se concretizar o desejado Estado constitucional e humanista de direito, assim como ser uma forma de validade normativa nacional. Ademais, leva ao Estado brasileiro e demais países da América, membros da OEA e signatários do Pacto de San José da Costa Rica, a adequarem a sua produção legislativa às obrigações internacionais ajustadas, caso contrário, eles se tornam sujeitos de responsabilidade internacional.

A CrIDH decidiu, em suma, portanto, no caso Gomes Lund e outros versus Brasil, conhecido como Guerrilha do Araguaia, em novembro de 2010, que os crimes praticados no período da ditadura militar brasileira devem ser investigados, os acusados processados e julgados, por se tratar de crimes de lesa-humanidade e o Estado brasileiro possuir a obrigação inalienável e imprescritível de sancionar os agentes agressores e executores de tais crimes. Acrescenta também, o fato de tais crimes serem considerados permanentes, por isso, não há que se falar em prescrição ou anistia de tais delitos. (CrIDH, 2012).

A CrIDH declarou também que o Brasil como membro da OEA, signatário da Convenção e, ao aceitar a competência contenciosa deste órgão, não pode olvidar as obrigações internacionais pactuadas, assim como deve fazer todos os ajustes legislativos necessários, em um prazo razoável, para que ocorra uma adequação do direito interno à Convenção Americana, com sucedâneo no art.2º da Convenção Americana e no direito internacional consuetudinário.

Dentre as medidas adotadas pelo Estado brasileiro, as mais importantes foram as seguintes: elaboração da Lei 9140/95, que trata da responsabilidade do Estado pelo assassinato dos opositores políticos da época da ditadura militar, ou seja, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Além disso, a lei descrita acima criou a Comissão Especial sobre os Mortos e Desaparecidos Políticos, com a finalidade de reconhecer os desaparecidos não incluídos nela. Por fim, o Estado alegou que, além do pagamento das indenizações, foram realizados diversos atos de natureza simbólica como forma de resgatar a memória e a verdade dos fatos ocorridos no período do regime militar. Conforme sentença, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, p.44: “A lei nº 9140/95 estabeleceu um procedimento para que os familiares das vítimas pudessem solicitar o reconhecimento e a consequente indenização, por parte da Comissão Especial, de seus familiares desaparecidos ou mortos durante a ditadura militar”. (CrIDH, 2012)

A América do Sul, nas décadas de 1960/70, passou por um período de ditadura, que, em alguns países, levou os militares ao poder e as pessoas que se opunham ao regime a repressões, torturas, agressões as mais diversas e mortes. O Brasil, no entanto, é considerado o único país deste continente que não realizou medidas de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por estes crimes e outros, que são considerados de lesa-humanidade, em razão da lei de anistia política de 1979.

Para TABAKMAN:

A ditadura militar argentina vigorou entre 1970-1983. Foi um período de muita crueldade. Os opositores ao regime foram vítimas de choques,

espancamentos e até escravidão etc., ficaram detidos na Esma – em espanhol – Escola de Mecânica da Marinha. Houve a promulgação em (1986) da lei ponto final que fazia prescrever as causas dos crimes políticos e a lei Obediência Devida (1987) que estabeleceu diferenças hierárquicas nas forças armadas. A anistia, dos crimes políticos cometidos do período da ditadura militar argentina, foi anulada e os processos retornaram ao julgamento com dificuldades. (TABAKMAN, 2010, p.51).

A CrIDH decidiu em 2001, o caso *Barrios Altos vs. Peru*. Este caso trata do assassinato coletivo de quinze (15) pessoas e o ferimento grave em mais quatro (4), por uma organização de extermínio denominada “Grupo Colina”, formada por integrantes da inteligência militar e do exército peruano, no governo de Fujimori. Esse fato ocorreu em uma festa para arrecadação de fundos para a reforma de um prédio em Barrios Altos, no dia 3 de novembro de 1991. (RESENDE, 2014).

Para RESENDE (*OP. CIT.*), após um longo período para início da investigação criminal do fato descrito acima, assim como, a discussão quanto à utilização da lei da anistia peruana, houve decisão no Tribunal Internacional no sentido de que as leis de autoanistias são incompatíveis com a Convenção Americana e não podem representar obstáculos para investigação dos fatos, assim como, identificação e punição dos responsáveis.

Para MILLALEO (2014), houve um reforço quanto à incompatibilidade da lei da anistia peruana já decidida em 2001, no caso *Barrios Altos*, quando, em novembro de 2006, a CrIDH decidiu o caso do massacre da *Universidade de la Cantuta vs. Peru*. Essa jurisprudência do sistema interamericano foi reafirmada no julgamento do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, em 2010.

No Chile, segundo MILLALEO (2014), os militares, apesar de fora do poder, foram atores de um processo político, com o fim de exercer pressões para buscar impunidade pela criminalidade do Estado no período passado. No entanto, este país do Cone Sul realizou um trabalho de identificação pública dos abusos e criação de políticas institucionais de responsabilidade.

Segundo RESENDE (2014), sobre o caso *Almonacid Arellano versus Chile*, o professor primário, Almonacid, era vinculado ao partido comunista, e foi assassinado a tiros por agentes policiais vinculados ao Ministério do Interior do Chile, ou seja, *Carabineros*, tendo sido ainda levado ao hospital, mas, no dia seguinte, falecera. A investigação criminal foi suspensa várias vezes, em razão da influência militar e do julgamento pelo Tribunal Militar, que extinguiu o processo em razão de precedentes da Corte Suprema Chilena a favor da prevalência da lei da anistia. Houve a denúncia à CrIDH, e esta julgou que se tratava de crime de lesa-humanidade, conforme decisão do Tribunal *ad hoc* para a Iugoslávia no caso *Prosecutor vs. Dusko Tadic*.

O caso *Almonacid Arrelano vs. Chile* consiste na discussão sobre a aplicação da lei da autoanistia nos delitos praticados no período de ditadura militar chilena, como o homicídio do Senhor *Almonacid Arellano*. A condenação internacional do Chile na decisão descrita acima resultou em aberturas e reaberturas de 120 processos contra ex-integrantes do governo autoritário, conforme BENVENUTO *ET AL* (2011). Ademais, com base em Lázaro (2010), há decisões no sistema interamericano que considera a lei da autoanistia no período da ditadura militar na América latina uma afronta ao que dispõe o pacto de San José da Costa Rica.

O Chile, de uma forma evoluída, reconheceu a jurisprudência da CrIDH, considerando os crimes ocorridos na ditadura militar deste país como de lesa-humanidade, por isso, não podem ser concedidas anistias. Assim, é importante citar Binder *in* RESENDE (*OP.CIT.*), a saber:

Em dezembro de 2006, a Suprema Corte do Chile referiu-se expressamente à jurisprudência da Corte Interamericana nos casos *Barrios Altos* e *Almonacid Arellano*, para estatuir que as normas estatais internas não possam ser utilizadas como obstáculos para a persecução penal dos perpetradores de graves Violações aos Direitos Humanos (Binder, 2011, p.1221) (RESENDE, 2014, p. 629).

O Caso *Gelman vs. Uruguai* refere-se, nas palavras de Resende (2014), ao período de trocas de informações e operações repressivas

(denominada “Operação Condor”), em alguns países sul-americanos, dentre os quais, Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile e Bolívia. O caso chegou à CrIDH em razão de uma incessante luta por investigações do poeta argentino Juan *Gelman*, sogro de María Claudia Garcia, cujo filho, Marcelo Gelman, e nora foram sequestrados por agentes estatais da Argentina em 1976. Neste caso, María Claudia foi transferida para o Uruguai e deu à luz uma criança, que foi entregue ilegalmente a um oficial uruguaio, com um bilhete cuja informação tratava da falta de condições da genitora para cuidar da recém-nascida, havendo, em seguida, a prisão e a execução no Uruguai ou Argentina de María Garcia, segundo MILALLEO (2014) e RESENDE (2014).

O Uruguai, inicialmente, declarou a lei de anistia ou “*ley de caducidad de la pretension punitiva del Estado*” em decisão da Suprema Corte de Justiça em 1988, como constitucional. Já em 2009, a mesma Corte decidiu que a referida lei era considerada inconstitucional. O que alguns estudiosos falam como Sarlet *in* RESENDE (2014) é que houve uma mutação constitucional, neste caso, pois houve uma mudança informal da Constituição em razão de alterações na realidade fática.

Para MILLALEO (2014), a sentença da CrIDH do Uruguai em 24 de fevereiro de 2011, decidiu que a Lei de *Caducidad* é incompatível com a Convenção Americana e Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado, portanto, não pode servir de obstáculo para a investigação dos fatos materiais, da identificação e sanção dos responsáveis pelas graves violações dos direitos humanos.

2. Processo de intercâmbio: experiência latino-americana com a justiça transicional no controle de convencionalidade

Almeja-se manter um diálogo entre Cortes Constitucionais que não possuem uma hierarquia, mas precisam procurar uma maneira de manter a estabilidade entre soberania estatal e integração do Sistema Regional, ou melhor, promover uma alteridade em busca de uma solução mais

apropriada ao ser humano, afastando, portanto, qualquer forma de altruísmo. Isso não significa que os conflitos serão extintos, todavia, eles deverão ser equacionados, para que haja uma decisão mais justa possível.

Sendo assim, vive-se em um momento que ZAGREBELSKY (2003) entende como aquele em que as relações do direito constitucional com o Estado são consideradas abertas e cooperativas, com uma conexão entre direito interno e internacional. Por conseguinte, o Estado constitucional democrático não se estabelece por meio de imposição pela força, mas através de uma integração de valores e procedimentos comunicativos. Afinal, comunga-se com o abalizado entendimento do jurista italiano citado, ao mencionar, em outras palavras, que o direito constitucional é uma política constitucional em construção.

PIOVESAN (2013) argumenta três possibilidades de diálogo entre jurisdições, como uma busca de constituir uma pavimentação de *jus commune* latino-americano, entre os quais: 1- Diálogo entre jurisdições regionais (*Cross Culture Dialogue*), como o realizado entre Cortes Europeia e Interamericana; 2- Diálogo entre jurisdições regionais e constitucionais e 3- Diálogo entre jurisdições constitucionais.

No entanto, de acordo com a autora supracitada, o que se tem observado é que o diálogo intercultural é incipiente entre as jurisprudências das Cortes Constitucionais americanas, o que é lamentável, pois há um predomínio no caso do Brasil, por exemplo, de estudos comparados baseados em jurisprudências europeias e norteamericanas, e não latinas. Em razão desta quase ausência de interculturalidade no continente americano, há uma carência no crescimento e a maior consolidação deste Sistema Regional.

PIOVESAN (*OP. CIT.*) cita um importante e atual caso de diálogo entre jurisdições europeia e americana, o caso *Karen Atala y hijas versus Chile*. A Corte Interamericana, neste caso, decidiu no sentido de proibir a discriminação devido à orientação sexual, utilizando, para tanto, jurisprudências da Corte Europeia de direitos humanos. Este caso, discutido no sistema interamericano, diz respeito à Karen ter perdido a

guarda de suas filhas para o seu ex-marido, na justiça chilena, em razão de ela ter constituído uma relação homossexual.

Nas palavras de FLORES (2009, P.157), “[...] não estamos no entorno. Somos o entorno”. Não podemos descrever a nós mesmos sem descrever e entender o que é e o que faz o entorno do qual fazemos parte”. Eis a importância da comunicação entre várias ordens constitucionais em uma sociedade moderna atual que deve abrir-se constitucionalmente para a concretização de um intercâmbio de experiências, para tentar acabar com o que NEVES (2009, P.151) denomina de “tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados”.

Destaca-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronuncia no sentido de repudiar as anistias ou outras medidas que tenham a finalidade de manter impunes os crimes contra a humanidade e outros crimes internacionais de especial gravidade. Devido à continuada vigência da Lei de Anistia de 1979, o Brasil é visto pela comunidade internacional como um caso de anistia persistente e de baixo grau de *accountability* (responsabilidade civil e penal). (OLSEN, 2010, p. 18).

A Corte Interamericana é um órgão judicial do Sistema Interamericano, cujas decisões possuem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais ou humanos. Os Estados que admitiram a jurisdição dessa Corte precisam reconhecer gradativamente suas decisões internamente, principalmente através de uma participação mais ativa dos operadores do direito, que devem apoiar uma maior integração e abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, para que ocorra um adequado cumprimento das obrigações internacionais acordadas entre os países que fazem parte daquele sistema, como o Brasil, em prol de um maior fortalecimento das relações no ambiente regional latino americano.

Há muito ainda que melhorar para a devida concretização democrática na América, para que, a partir de então, e com a configuração de diversas constituições com cláusulas abertas a um diálogo

constitucional internacional, chegue-se à solução mais adequada nos casos de violações internacionais dos direitos humanos.

O que não se admite são ações políticas e jurídicas com o objetivo de retroceder no tempo em temas que merecem uma abordagem internacional e não tão somente doméstica. As decisões jurídicas devem estar mais voltadas aos compromissos e obrigações internacionais ajustadas pelo Brasil. Não são cabíveis posicionamentos de menosprezo às decisões da CrIDH, como ocorreu com juízes do STF no período posterior à condenação do Estado brasileiro no caso Guerrilha do Araguaia, na contramão dos demais países-membros do sistema interamericano, que concordaram com a não validade das leis de anistias no período da ditadura militar, as quais ficaram conhecidas como autoanistias. Sem dúvida, o Brasil deu um passo atrás com a decisão de improcedência da ADPF nº153, considerando recepcionada pela constituição de 1988 uma lei de 1979, fruto de um momento de intervenção militar.

Conclusões

As crueldades praticadas durante o período da ditadura militar no Brasil não podem ficar esquecidas, pois muitas famílias foram destruídas devido a graves agressões físicas e psicológicas, e algumas pessoas foram legalmente mortas ou ainda estão desaparecidas. Quem vivenciou ou faz referência àquela época guarda lembranças amargas de um período sem qualquer forma de liberdade de expressão e de um verdadeiro exercício da cidadania. Hoje a transparência e a abertura do nosso país chegam, muitas vezes, a nos estranhar, já que nos acostumamos a conviver dentro de uma ordem democrática de direito.

Ainda existem contradições, divergências nas questões relacionadas aos direitos humanos nas decisões do STF (análise da constitucionalidade) e da Corte Regional (análise da convencionalidade), relacionadas à anistia dos crimes políticos no período da ditadura militar no Brasil, sabendo-se que o nosso país é um membro signatário de instrumentos jurídicos de

direito internacional dos direitos humanos, bem como reconheceu espontaneamente a competência contenciosa da CrIDH.

Constatam-se alguns avanços no processo da Justiça de Transição no Brasil, dentre os quais: a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, (CEMDP); a Comissão de Anistia (CA); a Comissão Nacional da Verdade (CNV); e as Caravanas da Anistia, com a ampliação do julgamento das pessoas que foram consideradas como perseguidas políticas nas diversas regiões do país; a reparação, que não necessita ser tão somente econômica, a exemplo: o pedido de perdão oficial em nome do Estado aos que sofreram perseguições políticas; a promulgação da Lei de Acesso à Informação; as denúncias apresentadas pelo MPF, dentre outros.

Por outro, a partir do atual governo, temos vivenciado momentos sombrios no que diz respeito a justiça transicional brasileira, dentre inúmeros equívocos, podemos citar o enfraquecimento de instituições democráticas, a extinção da CEMDP, a mudança de forma arbitrária da composição da Comissão da Anistia, a falha do Judiciário em não reconhecer o absurdo da composição atual, os Conselhos Nacionais destruídos ou aniquilados dentre outros.

Isso não quer dizer que o Brasil precise adotar necessariamente uma punição criminal, como fez a Argentina, pois, apesar de vivenciarem o mesmo período de regime de ditadura militar, os dois países tiveram etapas distintas de um processo de transição. Não convém também, fundamentar a não condenação pela prescrição, pois os crimes ocorridos no período de “chumbo” no Brasil são considerados imprescritíveis pela sua natureza tanto em nível nacional, quanto internacional. O mais importante de tudo isso deve ser buscar uma contínua evolução no processo da justiça transicional brasileira, para que o nosso país não continue com a má fama de possuir uma cultura institucional da perpetuação da violência.

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: **A experiência do Período FHC e os Desafios do Governo Lula**. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, 24, p.46, 2005.
- ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1984.
- BENVENUTO, Jayme *et al.* **Normas e Decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: DA SILVA, Artur. O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Ed. Universitária da UFPE, 2011, p.240.
- CIrDH. **CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.115. Acesso em: 10/08/12.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- LÁZARO, María Carmelina Londoño. **El Principio de legalidad y el Control de Convencionalidad de las leyes confluências y perspectivas de derechos humanos**. Revista Jurídica – Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 128, sección de Artículos, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm>> Acesso em: 01.07.13.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Hierarquia Constitucional e Incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm> Acesso em: 12.10.13
- MILLALEO, Salvador. La justicia de transición en el cono sur como Historia Global. **Un caso de convergencia jurídica**. In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.13 a 40.
- Parecer PGR ADPF 320**. Disponível em <[www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-impressao/noticias.../parecer %20pgr.pdf](http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-impressao/noticias.../parecer%20pgr.pdf)>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2013.

RESENDE, Ranieri Lima. Antinomia radical entre as leis de autoanistias e a obrigação de punir os perpetradores de violações aos direitos humanos. **Fundamentos e análise de casos**. In: MEYER, Emilio Peluso Neder e DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Initia Via, 2014 p. 607 a 642.

OLSEN, Tricia D., et al. **Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy**. Washington, D.C.: United States Institute of Peace, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

Tráfico de drogas no Brasil: a necessidade de uma lente decolonial para desvelar os padrões de colonialidade do sistema de justiça criminal

*Iricherlly Dayane da Costa Barbosa*¹

*Mariana Eva Souza Dias*²

Introdução

Inserido dentro do contexto dito democrático, o Sistema de Justiça Criminal atua no campo teórico sob o discurso de respeito à igualdade e à legalidade, prezando pela garantia dos principais interesses e valores sociais. Contudo, quando se passa a analisar a atuação desse sistema repressivo a lógica de atuação ganha conotações de extrema violação.

A análise desse sistema ainda perpassa majoritariamente por um estudo a partir de bases teóricas justificadoras desenvolvidas pelo Norte Global, bases essas que sempre se colocaram enquanto eixo discursivo central nos debates globais, se colocando enquanto uma epistemologia hegemônica, que vem marcada por uma lógica de dominação e marginalização em relação aos países colocados enquanto periféricos ou semiperiféricos.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia. Bolsista CAPES/PROSUC. Advogada. Email: iricherlly@gmail.com

² Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Email: mariana_eva24@hotmail.com

Entretanto, é por entender que a absorção dos saberes vindos dos países do “norte” não é capaz de contemplar as particularidades do controle punitivo nas sociedades periféricas que se pretende analisar a atuação do Sistema de Justiça Criminal a partir das lentes decoloniais.

Precisamos perceber que investigar a realidade brasileira a partir de um olhar decolonial também significa lutar contra a colonização dos saberes do Sul pelo Norte global que se veem sobrepujados por uma academia eurocentrada que os relega a uma condição de inferioridade, fazendo crer que teorias desenvolvidas em outra realidade geográfica, política e econômica podem ser importadas e aplicadas acriticamente a quaisquer espaços, como vem sendo feito nas justificações e legitimações da atuação do sistema de justiça criminal.³

Aqui vem-se abordar a estrutura do controle penal moderno como decorrente do regime de colonialidade, dando ênfase às especificidades do controle penal brasileiro e a sua dependência dos modelos europeus mesmo após a independência. Dessa forma as lentes dos países centrais se mostram insuficientes e muitas vezes inadequadas quando trazidas para o nosso contexto, porque elas estão diretamente ligadas à forma como se deu a implementação desse sistema penal, ao mesmo passo que desconsideram as vivências aqui experienciadas.⁴

E aqui quando falamos de colonialidade não estamos falando de uma política de Estado restrita à ocupação militar estrangeira que impõe uma estrutura de poder e dominação política e econômica com base na força, mas de uma forma de controle social que afeta as searas da sociabilidade, dos espaços público e privado, da cultura, das mentalidades e subjetividades. A colonialidade faz referência às gerências do colonialismo mesmo depois que ele desaparece, sendo um modo de viver e conviver

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del estado en américa latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto de Derecho y Sociedad Internacional, 2010.

⁴ ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

compartilhado por aqueles que dele se beneficiam e por aqueles que com ele sofrem.⁵

Dessa forma, não podemos falar do Sistema de Justiça Criminal brasileiro sem levar em consideração nossas particularidades, sem levar em consideração o berço escravocrata no qual tal sistema se deita quando falamos de Brasil. Não pode ser desconsiderado esse traço marcante da nossa história, uma vez que a operacionalidade seletiva do controle punitivo carrega consigo o modelo de segregação racial advinda do colonialismo, inferiorizando e aprisionando massivamente a população negra e pobre. “Atuando à margem da legalidade, o controle penal brasileiro transcende a mera repressão formal, selecionando quem são os bons e justos, as vítimas e os inimigos que devem ser combatidos.”⁶

É ao falar de inimigos a serem combatidos que entra a questão do Tráfico de Drogas, uma vez que foi construída uma narrativa de inimigo da nação em torno da figura do traficante.

Nesse momento é assumida a dicotomia “bem” e “mal”, no intuito de separar a sociedade em “cidadãos” e “inimigos”. Aos “cidadãos” são resguardados os direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, mesmo que estes venham a cometer algum tipo de crime. Já aos inimigos, categoria na qual os traficantes de drogas ilícitas estão enquadrados, é despendido um Direito Penal belicista de neutralização. Assume-se, dessa forma, uma política diferenciadora entre “Direito Penal do Cidadão” e “Direito Penal do Inimigo”⁷.

Desse modo, tem-se um Direito Penal, para aqueles vistos enquanto inimigos, “que autoriza a suspensão de suas garantias e atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito”⁸.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del estado en américa latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto de Derecho y Sociedad Internacional, 2010.

⁶ ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política de Guerra às Drogas na América Latins entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_164-177/278>. Acesso em: 15/09/2017. p.168

⁸ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. Direito Penal do Inimigo e a Guerra Contra as Drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 57, p.221-243, 2013.

Assim sendo, ao atuar pautado na lógica de um Direito Penal do Inimigo, onde os princípios estruturais do sistema penal de (teórica) base democrática são completamente pulverizados e os indivíduos (traficantes) são vistos enquanto meros seres perigosos, o Estado passa a gerenciar um processo de despersonalização. Pois, como aponta Zaffaroni⁹, “na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa”.

Contudo, é importante observar que essa atuação de política de exceção e neutralização, dentro da sociedade brasileira, atua também regida por elementos de exclusão e violação que ultrapassam questões legais e recaem sobre questões sociais que são constitutivas do próprio povo brasileiro.

Quando se fala em tráfico de drogas muito provavelmente o que vem no imaginário social é a imagem do “narcotraficante”, estereotipicamente visto (muito por influência da grande mídia e do histórico de repressão e chamamento ao combate do “inimigo traficante”) como o criminoso violento, organizado, poderoso e enriquecido através da atividade no tráfico de drogas ilícitas.

No entanto, ao se deparar com os indivíduos autuados e presos por tráfico de drogas, o que pode ser visto são mulheres e homens extremamente pobres, com baixo grau de escolaridade, na maioria das vezes sem portar arma e desprovidos do apoio de qualquer “organização”¹⁰.

É aí que podemos observar aquilo que Maria Lucia Karam vem dizer, qual seja:

A ‘guerra às drogas’ não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, dirige-se sim contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18

¹⁰ ZACCONI, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11

substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da 'guerra às drogas' são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os 'inimigos' nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de drogas do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como 'traficantes', ou aqueles que a eles se assemelham pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia que, conforme o paradigma bélico, não deve ser policiado como os demais locais de moradia, mas sim militarmente 'conquistado' e ocupado¹¹.

Assim sendo, a criminalização do tráfico de drogas está atrelada, não por coincidência, mas pela perpetuação das seletividades e autoritarismos que constituíram o povo brasileiro, à criminalização daqueles indivíduos historicamente vulnerabilizados, violados e exterminados. E, levando isso em consideração, pode-se perceber a prisão como instrumento de controle social no contexto da colonialidade enquanto padrão de poder mundial.

É também ao lançar o olhar sobre a questão do tráfico de drogas ilícitas que um outro elemento constitutivo das estruturas e padrões de poder mundial é evidenciado, qual seja, a construção dos padrões patriarcais do debate de gênero.

À mulher foi relegado o âmbito privado das relações. O machismo, o autoritarismo e os ditames patriarcalistas impuseram a ela uma condição de passividade e submissão. Seu papel fora estabelecido socialmente como sendo cuidar das atividades domésticas, enquanto a face pública das relações sociais ficava a cargo da figura masculina.

Muito em decorrência dessa realidade social, a criminalidade feminina foi tradicionalmente ignorada nos estudos acadêmicos, vista enquanto constituída por condutas de caráter passional ou explicada como consequência do relacionamento com homens envolvidos em condutas criminalizadas. Nesses termos, a análise da criminalidade feminina

¹¹ KARAM, Maria Lucia. Violência, militarização e 'guerra às drogas'. In: KUCINSKI, Bernardo (Ed.). *Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 36-37.

costumava vir de forma subsidiária ao estudo da criminalidade masculina¹².

Entretanto, é fundamental que se diga que esse padrão de criminalidade feminina é colocado a partir de uma lógica branca, que também reflete uma colonialidade do saber e que se refere aqui a uma dita “mulher universal”, contudo é importante destacar que na história da repressão criminal brasileira a mulher negra já era percebida pelo Sistema e violentada das mais diversas formas por ocupar esse espaço público que por muito tempo não foi ocupado pelas mulheres brancas.

Muito antes da mulher branca ocupar a esfera pública a mulher negra já ocupava e era repreendida justamente por fugir ao padrão de feminilidade imposto pelos padrões ocidentais. Sendo assim, a criminalidade e a fuga aos padrões que a mulher negra representava era percebida e reprimida pelo Sistema de Justiça Criminal, mas não era evidenciado pelas análises e discussões acadêmicas e essa mulher passava então por mais um processo de invisibilização.

No entanto, desde 2006, com a mudança legislativa referente à repressão ao Tráfico de Drogas Ilícitas a criminalidade feminina passou a ganhar maior evidência.

A inserção do Brasil no paradigma de modernidade que coloca o controle penal numa posição central para o mantimento da colonialidade, responsável pela racialização do mundo e pela supremacia da ordem capitalista passa a não poder esconder que as mulheres também são alvo da repressão de Sistema Punitivo. É possível perceber um aumento substancial do aprisionamento de mulheres no mundo todo e, no Brasil, particularmente, o número de mulheres presas vem crescendo em proporção muito mais elevada do que o número de homens encarcerados. Segundo dados do Infopen¹³, a população carcerária cresce tanto em

¹² BARCINSKI, Mariana. *Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf>>. Acesso em 22/09/2017. P. 1844

¹³ Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN MULHERES. Jun/2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acessado em: 15/07/2019

relação aos homens como em relação às mulheres, mas para elas de forma mais acelerada.

A população absoluta de mulheres encarceradas cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, já a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período. Em junho de 2014, a população carcerária feminina presa por tráfico de drogas ou tráfico internacional de drogas equivalia a 68% do total, ao passo que, no caso masculino, o percentual de presos por esses crimes era de 26%.

Como se percebe, mais da metade das mulheres está presa por tráfico, o que representa uma mudança significativa dos padrões de criminalidade tradicionalmente atribuído a elas. Contudo, o que também precisa ser percebido é que o encarceramento feminino no Brasil tem vitimado principalmente as mulheres negras, legitimando a racialização do mundo imposta pelo colonialismo.

Desse modo, a partir de um olhar decolonial a questão do Tráfico de Drogas, bem como do Sistema de Justiça Criminal como um todo precisa ser observado a partir de uma discussão interseccional de raça, gênero e classe, ao invés de priorizar a narrativa desenvolvida pelo Norte.

1. Sistema de justiça criminal e colonialidade

O controle social, entendido a partir de uma visão ampla, é compreendido pelas formas pelas quais a sociedade responde aos comportamentos, formal ou informalmente, e às pessoas que ela designa como desviantes ou indesejáveis por diversos motivos, estigmatizando, com isso, a conduta que foge ao padrão imposto e o próprio indivíduo que desvia de tal padrão.

Por outro lado, o controle penal sendo uma forma específica de controle da sociedade, tem como uma de suas funções demarcar as fronteiras entre o “cidadão de bem” e o criminoso, valendo-se das dinâmicas entre os macropoderes político/punitivo, econômico/financeiro e a microfísica dos poderes sociais (como hierarquizações de raça e

gênero) para definir o que contraria ou não a ordem social colocada enquanto padrão.¹⁴

Assim sendo, ao considerar que o controle penal é uma interação entre Estado, mercado e sociedade, é possível chegar à conclusão de que a integralidade das desigualdades sociais está refletida no sistema penal.¹⁵

Por sua vez, ao entender que esse controle penal foi instrumentalizado pelo padrão de poder capitalista global, entende-se também que o colonialismo constitui a gênese desse controle penal moderno e que na atualidade são os padrões da colonialidade que legitimam as violências perpetradas em nome do sistema de justiça criminal.¹⁶

Luciana Ballestrin¹⁷ vem nos apontar que a ideia de colonialidade do poder revela a constatação de que os processos de independência e o consequente surgimento de Estados-nação supostamente livres não foram suficiente para acabar com a lógica colonial nas esferas econômica e política, de modo que o colonialismo em sentido estrito pode ter sido interrompido, mas a colonialidade¹⁸ permanece com toda força.

Como expressão forte dessa colonialidade tem-se o próprio sistema de justiça criminal, uma vez que, como aponta Camila Andrade¹⁹ e como já foi pontuado nesse trabalho, o controle penal moderno tem sua gênese

¹⁴ ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro, Revan, 2012.

¹⁶ ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

¹⁷ BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.

¹⁸ Podemos falar da colonialidade do poder, do saber e do ser. A colonialidade do poder diz respeito à esfera política-econômica a partir da ideia de raça desenvolvida por Quijano. A colonialidade do saber pode ser considerada epistemológica, uma vez que leva em consideração a produção de saberes e conhecimentos importados do eixo europeu para realidades distantes daquela considerada como superior, tornando difícil a compreensão do contexto no qual está inserido. E a colonialidade do ser vem fazer uma reflexão ontológica, tendo em vista a preocupação em identificar os efeitos da colonialidade e a construção do sujeito a partir da experiência de vida (europeia ou não-europeia).

¹⁹ ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

com a expansão colonial europeia em direção às Américas e, posteriormente, para todo o mundo.

Se valendo das leituras de Rusche e Kirchheimer²⁰, Camila nos traz que se há uma relação histórica entre o sistema punitivo, as condições sociais e a estrutura do mercado de trabalho, também existe uma reciprocidade entre as formas punitivas e as relações de produção desenvolvidas a partir da colonização imposta pelo capitalismo mundial, que articulou em torno de si todas as formas de controle e exploração do trabalho.

Dessa forma, o colonialismo não é um momento histórico superado pela modernidade, uma vez que essa modernidade está intrinsecamente associada à história do próprio colonialismo. Nessa perspectiva, o olhar decolonial vai apontar a colonialidade como sendo a face oculta da própria modernidade, sendo dela parte constitutiva.

Por sua vez, entendendo a colonialidade na perspectiva do padrão de poder global, que cria diferenças e as hierarquiza por meio do discurso racial e da exploração capitalista, o questionamento dos padrões impostos pela modernidade a partir da colonialidade se transforma no problema central da crítica decolonial.

Uma vez que o fim das administrações coloniais não acabou com as formas coloniais de dominação, sua continuidade pode ser percebida através da hierarquização étnico-racial, da divisão internacional do trabalho, da oposição entre centro e periferia, entre Sul e Norte, entre Ocidente e Oriente.

É dentro dessa perspectiva que Quijano²¹ nos mostra que a constituição da América e a expansão do capitalismo culminaram no processo de globalização em curso, redefinindo os padrões de poder a partir da racialização da população mundial. Dessa forma, as

²⁰ RUSCHE; KIRCHHEIMER apud ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. N.º 129, p.69-105, 2017.

²¹ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

hierarquizações sociais passam a se valer da ideia de raça como eixo fundamental, expressando-se por meio da experiência da dominação colonial e do eurocentrismo como modelo de racionalidade.

É posta uma dimensão epistêmica que impõe uma hierarquização dos saberes e um imaginário acerca do subalterno, legitimando o poder dos dominadores a partir da criação de paradigmas epistemológicos que construíram as identidades individuais e coletivas do colonizador e do colonizado.

Essa lógica hierárquica colonialista traz a centralidade da ideia de raça, que serviu para codificar as diferenças entre conquistadores e conquistados com base em uma suposta distinção biológica que conduziria, necessariamente, a uma hierarquização, e a dominação do capital e do mercado sobre todas as formas históricas de controle do trabalho, bem como de seus recursos e produtos²².

Por sua vez, no que diz respeito à ideia de raça, Quijano²³ identifica a sua origem na percepção das diferenças fenotípicas entre colonizadores e colonizados, não havendo registro de terminologia semelhante antes disso. As diferenças entre os traços fenotípicos (que passaram a ser codificadas como "cor" pelos colonizadores) foram atreladas a uma noção de superioridade biológica de uma raça por outra, fundando relações sociais hierarquizantes que produziram identidades sociais até então inexistentes ("negro", "branco", "mestiço" e "indígena") e redefiniu identidades já conhecidas, racializando termos que, antes disso, indicavam mera procedência geográfica ("ibéricos", por exemplo) que adquiriram conotação racial. Deste modo, a hierarquização das identidades raciais transforma as relações sociais em relações de dominação que passam, a partir daí, a tomar a ideia de raça como instrumento básico para a organização social.

²² QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

²³ Idem

A partir dessa lógica o capitalismo mundial conduziu uma divisão do trabalho que reforçou a categoria racial, associando as novas identidades históricas produzidas a partir de então com os papéis sociais decorrentes da nova estrutura global de controle do trabalho. Ao longo de todo o período colonial, a classificação social em função da raça foi imposta a toda a população mundial, assumindo um caráter global que tinha nos brancos a raça dominante. O surgimento de novas identidades históricas e sociais, que foram criando mais padrões de poder, foi combinado a uma distribuição racista do trabalho e das formas de exploração do capitalismo, atribuindo aos brancos as posições de mando e prestígio e, aos demais, as funções de servidão.

O projeto colonial deve ser compreendido, portanto, não apenas como a tradicional colonização territorial iniciada com as expansões marítimas, mas também como uma relação de dominação estrutural que subjuga o outro, lhe impõe uma cultura diferente da sua, e produz padrões “universais” que acarretam uma forçada (e falaciosa) heterogeneidade dos sujeitos dominados²⁴.

E é ao construir e consolidar esses padrões universais de indivíduo que, conseqüentemente, a colonialidade molda os corpos indesejados que serão vítimas da repressão estatal por meio do seu sistema punitivo.

2. Ajustando as lentes para observar a figura da mulher traficante

Para construir socialmente as imagens ideais de mulher e de homem, é necessário difundir símbolos culturais que, introduzidos através de conceitos normativos, tenham o condão de agregar representações sobre o feminino e o masculino. A partir dessa simbologia, o gênero constrói subjetividades e as outorga a seus destinatários, condicionando as condutas e os próprios desejos das pessoas a processos de socialização. O

²⁴ MOHANTY, Chandra Talapde. Bajo los ojos de occidente: feminismo académico y discursos coloniales. In: NAVAZ, Liliana Suárez; CASTILLO, Rosalva Aída Hernández (Orgs.). *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*. Madrid: Editorial Cátedra, 2008.

patriarcado, então, tomando por base os papéis artificiais conferidos em função da ordem biológica vem justificar a dominação masculina sob a alegação de uma suposta inferioridade das mulheres²⁵.

Seguindo essa lógica, como já foi dito, à mulher idealizada foi relegado o âmbito privado das relações. O machismo, o autoritarismo e os ditames patriarcais impuseram a ela uma condição de passividade e submissão. Seu papel fora estabelecido socialmente como sendo cuidar das atividades domésticas, enquanto a face pública das relações sociais ficava a cargo da figura masculina.

Desse modo, a questão da criminalidade feminina demorou a ganhar uma relevância teórica de análise criminológica, uma vez que as mulheres que tinham o direito de ter suas histórias contadas não estavam sendo atingidas cotidianamente pelo sistema punitivo.

Fosse sob o argumento de baixa taxa de crimes cometidos por mulheres, ou pela ideia de que os crimes cometidos por estas são de menor gravidade, a apreciação mais particularizada da criminalidade feminina não era algo muito comum dentro dos estudos criminológicos²⁶. A atuação do sistema punitivo frente às mulheres negras não era tida como relevantes o suficiente para se tornarem objeto de estudo acadêmico.

Contudo, quando chegamos na década de 80, com a “Guerra às Drogas” já declarada e o cenário de repressão cada vez mais alarmante (e mais na frente, com incremento de uma nova lei que acentuaria ainda mais a caça ao inimigo traficante - Lei nº 11.343/06), os rumos da criminalidade feminina passaram a chamar mais atenção das instituições de controle da Segurança Pública e, consequentemente, do ideário social.

Segundo os dados do DEPEN, o Tráfico de Drogas passou a ser o tipo penal que mais aprisionava mulheres no Brasil, sendo responsável pelo encarceramento de mais da metade das mulheres que estão presas, o que

²⁵ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁶ BARCINSKI, Mariana. *Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf>>. Acesso em 22/09/2017. P. 1844

representa uma mudança significativa dos padrões de criminalidade tradicionalmente atribuído a elas.

Contudo, é preciso que se perceba que a discussão e desenvolvimento das análises da criminalidade feminina na literatura hegemônica ao longo da história toma como base a figura de uma “mulher universal”. Esse percurso histórico da figura feminina é a narrativa dos padrões de feminilidade e “proteção” destinados às mulheres brancas. O Ser Negra já era o principal desvio de padrão das outras mulheres.

Ao trabalhar com a referência de uma "mulher universal" como sujeito e objeto de sua análise, não se estava pensando nas mulheres negras, latinas, asiáticas, africanas, mas na mulher branca, ocidental, burguesa e heterossexual, para a qual o patriarcado era a principal fonte de opressão.²⁷

Quando se fala que à mulher era relegado o espaço privado, é da mulher branca que está se falando, porque a mulher negra historicamente sempre ocupou o espaço público e quando estava no espaço privado era cuidando das casas das mulheres brancas e não das suas.

Estudar a respeito das experiências dessa mulher universal é um estudo limitado e insuficiente, porque, ao enfocar a opressão imposta pelo patriarcado às mulheres brancas, invisibilizou-se a subalternização das mulheres por motivos raciais, regionais e de classe.

Assim sendo, é necessário perceber a relação entre racismo e patriarcado, que se consolida com o colonialismo e se mantém até hoje através da colonialidade, atuando em desfavor das mulheres negras. E é dentro desse contexto que se percebe a necessidade de um olhar teórico que trabalhe essas relações de forma imbrincada.

A Interseccionalidade vem então, nas palavras de Karla Akotirene²⁸, como “uma sensibilidade analítica, pensada por feministas negras cujas experiências e reivindicações intelectuais eram inobservadas tanto pelo

²⁷ HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 7-31, jan./jun. 1993.

²⁸ AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. – São Paulo : Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152p. (Feminismos Plurais/Coordenação de Djamilia Ribeiro) ISBN 978-85-98349-69-5

feminismo branco quanto pelo movimento antirracista, a rigor, focado nos homens negros.” Essa interseccionalidade vem então permitir que se enxergue a colisão das estruturas e a “interação simultânea das avenidas identitárias”²⁹.

“Ao centralizar, através do conceito da interseccionalidade, o entrelaçamento do gênero com a raça, a classe e a sexualidade, abrimos um caminho para o projeto feminista de descolonização do saber”.³⁰

E essa lente analítica faz-se necessária porque não é a mulher universal que constitui o grande contingente feminino que vem sendo encarcerado. Existe um perfil muito evidente de quais são as mulheres atingidas massivamente por essa seletividade penal. Não apenas pela questão de gênero e pelo rompimento com o “dever-ser mulher”, mas também pelo ranço autoritário e escravocrata que ainda se faz presente na sociedade brasileira.

No Brasil em junho de 2014³¹ a proporção de mulheres negras presas era de duas em cada três, representando 67% da população carcerária feminina. E em Pernambuco esse número é ainda maior, sendo 81% da população carcerária feminina composta por mulheres negras. Por sua vez, no que tange ao nível de escolaridade dessas mulheres (o que está intimamente ligado à classe social que elas compõem), o que pode ser visto é que 50% delas não concluíram o Ensino Fundamental e, enquanto na população brasileira total cerca de 32% completou o Ensino Médio, apenas 8% da população prisional total o concluiu. E em Pernambuco o que mais chama atenção é o percentual de mulheres analfabetas, que corresponde a 20% (enquanto no cenário prisional feminino total esse percentual é de 4%). E no que diz respeito à faixa etária dessa população, o que pode ser visto é um grande encarceramento de uma população jovem, tendo em

²⁹ Idem

³⁰ COSTA, Cláudia de Lima. Feminismo, tradução cultural e a descolonização do saber. *Fragmentos*, Florianópolis, n. 39, p. 45-59, jul./dez. 2010.

³¹ Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN MULHERES. Jun/2014. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acessado em: 15/07/2019

vista que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. Daí, portanto, constata-se que as mulheres negras, pobres e jovens são as primeiras afetadas pelo espectro de criminalização do sistema penal.

A partir dessa constatação, fica evidenciado que, como aponta Vera Andrade³²

(...) a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça).

Uma vez que as instituições repressivas sempre se mostraram seletivas para com uma mesma camada social da população, camada sob a qual as violações eram permitidas e as garantias individuais e sociais poderiam ser flexibilizadas, na atuação frente ao tráfico de drogas essa realidade não seria diferente.

Não importa que essas mulheres sejam apreendidas com pouca droga desarmadas e sem/com pouco dinheiro, tendo assim condições objetivas de serem enquadradas enquanto usuárias ou pequenas traficantes.

O braço forte do Estado está pronto para recair sobre elas e se mostrar eficiente na sua real função de neutralização dos estratos sociais indesejados.

Dentro da diferenciação entre o usuário sob o qual recai um proibicionismo médico e moralizador, e o traficante, sob o qual recai o proibicionismo punitivo e encarcerador; a essas mulheres cabe a face mais dura da proibição.

À mulher, negra e pobre cabe a criminalização não pela conduta de tráfico de drogas, mas por ser: **MULHER** que ocupa o espaço público e rompe com os papéis a ela impostos pelo patriarcado; **NEGRA**, que resiste e existe dentro de uma sociedade que se diz democrático-racial, mas que

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 136

sempre relegou ao povo negro os espaços de marginalidade social; e **POBRE**, que se mantém à margem na estrutura capitalista que massacra e neutraliza todos aqueles consumidores falhos.

Conclusão

Desta forma, podemos concluir que a atuação do sistema de justiça criminal brasileiro atua intimamente ligado às bases de uma colonialidade, seguindo os padrões de dominação e hierarquização impostos pelo Norte global.

Por sua vez, partindo desse entendimento, mostra-se indispensável o estudo desse sistema a partir de lentes decoloniais. A colonialidade se apresenta das mais diversas formas e uma delas é a colonialidade do saber, de modo que não tem como romper com os padrões de colonialidade se tentarmos analisar-los a partir das bases teóricas que os legitimam.

Ao longo do trabalho foi demonstrada a necessidade desse olhar decolonial para que se possa ter uma visão real da atuação do sistema punitivo, levando em consideração o contexto no qual estamos inseridos e os padrões de dominação que esse sistema perpetua ainda hoje. Não podemos analisar esse sistema a partir de uma leitura generalizante que tem como padrão o homem-branco-rico, porque nossos pés estão fincados em um solo composto majoritariamente por mulheres-negras-pobres, que historicamente foram subalternizadas e não por acaso compõem hoje o perfil de maior crescimento no sistema carcerário brasileiro.

Para que se possa decolonializar os padrões de atuação precisamos antes decolonializar os pensamentos e olhares, precisamos de ferramentas interpretativas como a interseccionalidade, que analisa de forma imbricada as questões de raça-gênero-classe, por entender que esses padrões de dominação não atuam isoladamente, mas sim como elementos de uma única engrenagem e se quisermos superar tais padrões de dominação precisamos enfrenta-los a partir de nossas próprias construções e vivências.

Referências

- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. – São Paulo : Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152p. (Feminismos Plurais/ Coordenação de Djamilia Ribeiro) ISBN 978-85-98349-69-5
- ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro, Revan, 2012.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.
- BARCINSKI, Mariana. *Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf>>. Acesso em 22/09/2017. P. 1844
- BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. Direito Penal do Inimigo e a Guerra Contra as Drogas no Brasil. ***Revista da Faculdade de Direito UFPR***, Curitiba, n. 57, p.221-243, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *A Política de Guerra às Drogas na América Latins entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_164-177/278>. Acesso em: 15/09/2017. p.168
- COSTA, Claudia de Lima. Feminismo, tradução cultural e a descolonização do saber. *Fragments*, Florianópolis, n. 39, p. 45-59, jul./dez. 2010.
- FREITAS, Carolina Alvim de Oliveira. GÊNERO, CRIMINALIDADE E TRÁFICO DE DROGAS: embaralhamentos sociais e históricos. Monografia (TCC) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 38
- HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 7-31, jan./jun. 1993.

KARAM, Maria Lucia. Violência, militarização e 'guerra às drogas'. In: KUCINSKI, Bernardo (Ed.). **Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 36-37.

Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES. Jun/2014. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acessado em: 15/07/2019

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHANTY, Chandra Talapde. Bajo los ojos de occidente: feminismo académico y discursos coloniales. In: NAVAZ, Liliana Suárez; CASTILLO, Rosalva Aída Hernández (Orgs.). *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*. Madrid: Editorial Cátedra, 2008.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RUSCHE; KIRCHHEIMER apud ANDRADE, Camila Damasceno de. O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino. *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 129, p.69-105, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del estado en américa latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto de Derecho y Sociedad Internacional, 2010.

ZACCONI, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11 – 12

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.

Homicídios de jovens negros e uso letal da força estatal: o resgate do “inimigo” no direito penal?

*Milena Trajano dos Anjos*¹

1. Introdução

O presente artigo parte da seguinte problematização: vigora no Brasil, sorrateiramente, um direito penal do inimigo? A indagação se dá em razão do crescente número de homicídios de jovens negros no tanto a nível nacional, quanto a nível local. Isso porque existe uma quantidade considerável de casos que se encontram vinculados ao uso da força estatal, justificado por “oposição à intervenção policial”, cifra que atingiu o número de 294 pessoas mortas por ações policiais entre 2014 e abril de 2018, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Defesa Social, por meio de resposta à consulta ao pedido de acesso à informação, registrado pelo protocolo 201827956.

Já os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública² mostram que, de um total de 5.896 vítimas, o resultado relacionado à cor e faixa etária corresponde a: 3.240 jovens negros e pardos; e de 2.091 de faixa etária entre 18 e 29 anos, e de 532 adolescentes entre 12 e 17 anos.

¹ Doutoranda em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e Bolsista FACEPE (Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Joaquim Nabuco - UNINABUCO Recife. Pesquisadora integrante do Grupo Casa Comum (UNICAP). Advogada OAB/PE. E-mail: milenatrajanoanjos@gmail.com

² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição XII. São Paulo, 2018.

Neste sentido, cumpre esclarecer que o artigo 292 do Código de Processo Penal³ regulamenta de maneira vaga os homicídios decorrentes de intervenção policial. Esse artigo é uma referência à atuação policial que resulta em morte. Tal dispositivo, ao mesmo tempo em que permite ao policial o uso dos meios necessários para vencer a resistência, deixa de determinar e estabelecer quais seriam os limites desses meios.

Essas situações referiam-se ao que se costumava denominar por “auto de resistência”, termo abolido pelo Conselho Superior de Polícia e substituído por “homicídio decorrente de oposição a intervenção policial”, por influência da Resolução 08 de 2012 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República⁴. Por consequência, a Resolução Conjunta n. 2 de 2015 do Conselho Superior de Polícia⁵, disciplinou procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias naquelas situações.

Nesse caso, cabe ao delegado de polícia verificar a existência dos elementos de legítima defesa (justificada pela “oposição policial”) e tomar diversas providências, dentre elas, a tramitação prioritária do inquérito policial que deverá ser comunicado ao Ministério Público e à Defensoria Pública, que seguirá o curso normal do procedimento administrativo.

Ao analisar o controle externo da atividade policial, realizado pelo Ministério Público, é possível perceber que o órgão ministerial possui interesses transversais à polícia, e não é aparelhado para o desempenho dessa atividade, o que induz pensar agir com condescendência, aquiescendo com as práticas policiais, perante o recrudescimento do punitivismo. Levando em consideração serem as vítimas constantemente negras e pobres, percebe-se que a desigualdade racial consubstancia-se num dos produtos basilares do modelo de segurança pública que ainda prepondera nas polícias do país e que a qualidade da vítima afeta sobre como se dá o controle externo do Ministério Público⁶.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁴ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Resolução nº 8*, de 20 de dezembro de 2012.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Superior de Polícia. *Resolução Conjunta nº 2*, de 13 outubro de 2015.

⁶ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; MELO, Maria Adélia Gomes Correia de; SILVA, Fabiana Barros e. Uso da força, controle externo da polícia pelo Ministério Público e vitimização da juventude negra: uma leitura do racismo

Utilizando-se do método de revisão bibliográfica, será percorrido o caminho de maneira a evidenciar como o direito penal do inimigo já vem operando dissimuladamente no Brasil, através da necropolítica já implantada, haja vista o alarmante número de jovens negros vitimados pelo uso letal da força estatal. O que significa dizer que a afirmação de que a própria existência de um sistema punitivo paralelo, de combate a inimigos, regulado por uma lógica diferenciada daquela delineadora do Direito Penal garantista, já alude à negação do Estado de Direito.

2. O uso letal da força estatal enquanto política de estado

Segundo Stone⁷, há bastante complexidade nas demandas dos cidadãos e de seus governos à polícia nas sociedades democráticas. Isso porque, por um lado, requer-se uma atuação eficiente da polícia no controle da criminalidade, na restrição das perturbações e que proveja segurança à população, pois, usualmente, a sociedade julga sua polícia através de parâmetros como profissionalismo, transparência, legalidade e respeito aos cidadãos.

Por outro, ainda segundo o autor, seja devido a terem sido vítimas de algum crime ou de se sentirem vulneráveis à violência urbana, não é incomum que as pessoas reivindiquem ações violentas e extralegais de punição da polícia, mesmo que elas percebam que se tais agentes públicos atuassem de tal maneira a polícia se constituiria numa ameaça à democracia.

Dialogando com este raciocínio, para Skolnick⁸, há uma “tensão estrutural”, resultante da particularidade consistente na necessidade de a polícia expressar uma força com esta natureza e, ao mesmo tempo, limitá-

estrutural na cidade do Recife. *Anais do III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRRIM)*, IBCCRIM, São Paulo, 2019.

⁷ STONE, Christopher. *A importância do controle externo: uma perspectiva internacional*. I Conferência Internacional sobre Controle Externo da Polícia. Rio de Janeiro, Setembro de 2002.

⁸ SKOLNICK, J. H. *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*. Wi- ley, New York, 1966.

la por meio dos contornos impostos pelo Estado de Direito. Apesar de as análises dos dois autores supramencionados terem sido elaboradas partindo do contexto norte americano, é possível perceber algumas aproximações com o contexto brasileiro.

Evidenciar o manejo da força estatal é um dado democrático indispensável, pois deve superar “autoritarismo socialmente implantado” da sociedade brasileira, focalizando, de maneira transparente, a violência. Isto porque o uso da força e da violência letal constituem sério problema da segurança pública brasileira, já que se observa a ausência de deslocamento direto de um padrão de atuação marcadamente violento e autoritário das polícias para um padrão de policiamento democrático. Desse modo, o mandato policial estabelecido no artigo 144 da Constituição Federal⁹, por vezes, encontra espaço na morte de jovens pretos e pardos de baixa renda em narrativas de (i)legalidades no uso da força policial¹⁰.

Em pesquisa recente, Orlando Zaccone¹¹, analisando mais de 300 procedimentos com pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público em inquéritos de homicídio provenientes de “autos de resistência” na cidade do Rio de Janeiro, nos anos de 2003 a 2009, verificou que o arquivamento é uma constante, o que indica a existência de um permanente estado de exceção, no qual as mortes produzidas pela atividade policial são acobertadas por um manto de legalidade conferido pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

A respeito do estado de exceção permanente, Achille Mbembe¹², filósofo camaronês, ao relacionar a concepção de biopoder de Michel Foucault com os conceitos de estado de exceção e estado de sítio de Giorgio Agamben, mostra de modo claro e evidente como o estado de exceção e a

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

¹⁰ SINHORETTO, Jacqueline et al. Juventude e violência policial no município de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 10, n. 1, p. 10-35, São Paulo, fev./mar., 2016.

¹¹ ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida* – a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹² MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

relação de inimizade acabaram se tornando a base normativa do direito de matar, além da forma como o poder apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo para justificar o extermínio de outrem.

A necropolítica seria, assim, a política da morte adaptada e executada pelo e através do Estado. O referido autor parte do pressuposto de que a expressão máxima da soberania consiste sobremaneira, “no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer”¹³, conseqüentemente, os limites da soberania consistem em “matar ou deixar viver”, e seriam seus atributos fundamentais.

Isto posto, ser soberano é quando se tem o poder de decidir a morte. A necropolítica é, pois, uma forma de os Estados exercerem a soberania pela decisão de escolher quem deve morrer e quem deve viver na sociedade, de maneira que a soberania seria essa competência para definir quem importa e quem não importa, ou quem é descartável e quem não é.

Dessa forma, quando se nega a humanidade do outro, qualquer violência tornar-se-ia possível, desde agressões até a morte. Por esse motivo, o conceito de necropolítica, trazido por Mbembe, se relaciona com racismo, e também com a ideia da eliminação de um inimigo e das favelas, uma vez que os recentes números de mortes decorrentes de intervenção policial evidenciam um Estado que adota a política da morte, o uso ilegítimo da força, o extermínio de uma população com classe e raça bastante predefinidas, consequência de uma política de inimizade que promove a separação entre as categorias amigo e inimigo¹⁴.

Deste modo, as noções de necropolítica e de necropoder desenvolvidas pelo autor camaronês auxiliam na compreensão das várias formas pelas quais, no mundo contemporâneo, as armas de fogo são aparelhadas com o objetivo de provocar a destruição máxima de pessoas e criar “mundos de morte”, nos quais vastas populações são submetidas a

¹³ MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016, p. 123. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

¹⁴ MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

condições de vida que lhes conferem aspectos de morte em vida¹⁵, pois o que se tem é a perseguição daquele considerado perigoso. A necropolítica reúne esses elementos, os quais possuem desdobramentos que podem ser percebidos no cotidiano da política de segurança atualmente implantada.

Segundo Mbembe, a política de morte, ou necropolítica, utiliza-se de tipografias da crueldade, de modo que:

O estado de sítio permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre o inimigo interno e o externo. Populações inteiras são o alvo do soberano [...] O cotidiano é militarizado. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar [...] Às execuções a céu aberto somam-se matanças invisíveis¹⁶.

São os lugares em que se tem licença para matar, isto é, lugares subalternizados e, no caso da realidade brasileira, de acordo com dados estatísticos, estes lugares possuem endereço e densidade negra. Portanto, no momento em que se coloca necropolítica junto à raça e ao racismo, percebe-se que essa política da morte tem um endereço determinado. Por que se fala em genocídio da juventude negra brasileira? Porque se mata negros e os números são exorbitantes.

3. O “inimigo” na filtragem racial

Os exorbitantes números da letalidade policial, a qual é ainda mais proeminente quando se isola o fenômeno no grupo populacional jovem negro, acarretam o que os ativistas batizaram de “genocídio da juventude

¹⁵ MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016, p.132. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

¹⁶ MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016, p. 138. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

negra”¹⁷. O termo se deu em razão das recentes pesquisas que constataram a desigualdade nas mortes entre negros e brancos no Brasil.

Uma delas é o Mapa da Violência¹⁸, que revelou que nos homicídios acontecidos no período de 2002 a 2012, a tendência geral foi de queda do número absoluto de mortes na população branca e aumento no número de mortes da população negra. O mencionado estudo computou que, no período de 2002 a 2012, negros foram 73% mais vitimados por homicídios do que brancos.

No que concerne à população jovem, o estudo verificou que a taxa de vitimização de jovens negros passou de 79,9 (em 2002) para 168,6 (em 2012). Isto é, em 2012, proporcionalmente falando, para cada jovem branco que morreu assassinado, morreram 2,7 jovens negros. Na mesma direção, outra pesquisa, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), apontou que a proporção é 2,4 negros mortos para cada pessoa não negra, das quais a maioria é provocada por arma de fogo¹⁹.

Já a pesquisa de Sinhoretto et al.²⁰, mostrou que no estado de São Paulo, para cada grupo de 100 mil habitantes negros, 1,4 foi morto pelas polícias, entre os anos de 2009 a 2011, ao passo que, no mesmo período, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, foi morto 0,5.

Além disso, conforme estudos desenvolvidos por Sinhoretto²¹, a existência de mecanismos como o de filtragem racial são utilizados por policiais na identificação suspeitos, sendo o tirocínio policial a nomenclatura dada à experiência de rua que um policial adquire para

¹⁷ SCHLITTLER, Maria Carolina. “MATAR MUITO, PRENDER MAL”. A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. *Tese*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar. 2016, p. 31.

¹⁸ WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil*. Brasília, 2014. Acesso em 19 fev. 2020. Disponível em www.juventude.gov.br/juventudeviva

¹⁹ IPEA. Nota Técnica N° 10. *Vidas Perdidas e Racismo no Brasil*. Brasília, 2013.

²⁰ SINHORETTO, Jacqueline et al. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: BRASIL. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

²¹ SINHORETTO, Jacqueline et al. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: BRASIL. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

identificar o suspeito ao primeiro olhar com base na fundada suspeita. É uma espécie de faro policial que decorre do treinamento e da formação²².

O tirocínio pode, assim, ser definido como “uma regra de experiência, marcada por saberes subjetivos, aprendidos pelos policiais nas ruas por meio das trocas com outros profissionais mais experientes, ou por meio da acumulação de experiência deste policial no policiamento ostensivo”²³. Aliando, desta forma, características físicas, como forma de se vestir, marcadores de classe e pertença territorial, com tatuagens e desempenho de gênero, para embasar a suspeita e abordar as pessoas.

A análise dessas características evidencia que o policiamento ostensivo possui como foco a vigilância de jovens negros e pobres. Contudo, a característica do tirocínio passa despercebida pelos policiais, porque dentre esse grupo profissional, a raça não é vista como um elemento organizador do mundo social²⁴. É preciso problematizar, portanto.

Em contrapartida, verifica-se que, para muitos dos profissionais da segurança pública, abordar a desigualdade e a discriminação caracteriza uma atitude racista, por colocar o foco na existência da diferença, o que acarreta falta de conhecimento e uma não configuração da questão racial enquanto uma problemática na segurança pública. Em outras palavras, para estes atores, o fato de revelar a questão racial e/ou buscar conhecimento sobre as relações raciais é interpretado como uma forma de produção de desigualdade²⁵.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa é discutir esses assombrosos dados estatísticos à luz da crítica criminológica à teoria do direito penal do

²² ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. “Faro Policial”: um estudo de caso acerca dos critérios de construção e operação de padrões de suspeição e seletividade na ação policial. *Anais do 39º Encontro Anual Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, 2015.

²³ SCHLITTLER, Maria Carolina. “MATAR MUITO, PRENDER MAL”. A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. *Tese*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar. 2016, p. 69.

²⁴ SCHLITTLER, Maria Carolina. “MATAR MUITO, PRENDER MAL”. A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. *Tese*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar. 2016.

²⁵ SCHLITTLER, Maria Carolina. “MATAR MUITO, PRENDER MAL”. A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. *Tese*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar. 2016.

inimigo, fundada pelo jurista alemão Günther Jakobs. A princípio, cumpre esclarecer que Jakobs utilizou, pela primeira vez, essa expressão com a finalidade de criticar a constatação do endurecimento das legislações e políticas criminais das últimas décadas, no entanto, reforçado pelos atentados terroristas acontecidos pelo mundo, sua teoria transmutou-se a fim de defender a sua legitimidade parcial, como modo de deter o crescimento do próprio direito penal do inimigo²⁶.

Todavia, a proposta da admissão de um tratamento diferenciado, sob o título de direito penal do inimigo, ainda que parcialmente e visando à sua própria contenção, imaginando ser possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado, permitiria que ambos os direitos penais – o do cidadão e o do inimigo – funcionassem sob o mesmo marco do Estado de direito²⁷.

Segundo o direito penal do inimigo, o inimigo não pode receber tratamento de cidadão, e, conseqüentemente, de pessoa, pois “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”²⁸ e, em consequência disso, “o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”²⁹.

Este estudo será guiado pelas lentes da criminologia crítica, rejeitando impetuosamente qualquer teoria que rebaixe o indivíduo a uma condição sub-humana, como pretende o direito penal do inimigo, uma vez que quando se faz a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), refere-se a seres humanos que são coisificados, destituídos de determinados direitos fundamentais em razão de não serem mais

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

²⁸ JAKOBS, Günther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

²⁹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

considerados pessoas com base na ideia de que alguns deles são perigosos e que apenas por isso devem ser segregados, neutralizados ou eliminados.

Pois bem, o sistema punitivo, diversamente de uma tutela penal legítima, quando se aponta aos inimigos, precipita-se à própria lesão³⁰. Assim sendo, o fundamento da sanção, nesses casos, seria tão-somente a presunção de um risco, em decorrência da periculosidade imputada ao delinquente, uma vez que a coação se conduz contra o indivíduo perigoso, mas também se direciona – sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos³¹.

O inimigo é sempre público, é quem nos combate (*o hostis*) e não meramente quem nos odeia (*inimicus*). O inimigo não seria, portanto, o competidor ou o adversário em geral, nem sequer o adversário privado que nos odeia devido a sentimentos de antipatia. O inimigo é tão somente um conjunto de homens que combate, pelo menos virtualmente, isto é, sobre uma possibilidade real, e se contrapõe a outro agrupamento humano do mesmo gênero³².

Pergunta-se, desta forma, o que ou quem determina os agrupamentos para caracterizar o enfrentamento amigo-inimigo? Consta-se que ao estado incumbe o *jus belli* (direito da guerra), enquanto unidade significativamente política, isto é, a possibilidade real de apontar o inimigo e combatê-lo em casos concretos e por força de uma decisão própria³³.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva em Derecho Penal. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Ciminología*, Universidad Nacional de Educacion a Distancia, Madrid, 2001.

³¹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³² GONZÁLEZ, Sabrina; BORON, Atilio A. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires, 2006.

³³ GONZÁLEZ, Sabrina; BORON, Atilio A. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires, 2006.

O Estado, enquanto unidade política, reteve em suas mãos uma atribuição descomunal: a possibilidade de fazer a guerra e, conseqüentemente, de dispor reiteradamente da vida dos homens. De fato, o *jus belli* contém uma disposição deste tipo; isso acarreta a dupla possibilidade de obter dos membros do próprio povo a disponibilidade de morrer e de matar, e de matar os homens que estão do lado do inimigo³⁴.

Ora, se o sistema punitivo não precisa esperar a prática de uma ação para responsabilizar criminalmente alguém, remanesceriam somente as características particulares, como únicos critérios definidores da periculosidade do indivíduo. Se esse indivíduo for estranho à sociedade – imigrante, marginalizado, ex-detento, etc. –, propende a ser considerado como inimigo, pois não alcançaria os requisitos mínimos de confiabilidade exigidos pela sociedade, isto é, não proporcionaria uma segurança cognitiva suficiente para ser considerado cidadão e, portanto, digno de direitos e garantias³⁵.

O conceito de inimigo jamais será compatível com um Estado de direito, nem com os princípios do liberalismo político, pois este pressupõe o hábito de respeitar o dissenso dos outros exercitado contra nós. Para o direito penal do inimigo, a dissidência de opinião é guerra, hostilidade que autoriza repressão e até morte: o dissidente é inimigo³⁶.

Levando em consideração uma concepção política, a distinção entre amigo e inimigo equivaleria aos extremos significativos existentes, por exemplo, no contraste entre bom e mau. Porém, o conceito de inimigo deve ser entendido em um sentido concreto, e não somente como uma metáfora. A princípio, o inimigo seria categoricamente real. Logo, produz

³⁴ GONZÁLEZ, Sabrina; BORON, Atilio A. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires, 2006.

³⁵ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. *Dissertação*, Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

efeitos políticos reais. Segundo Carl Schmitt³⁷, a inimizade não se pauta em qualidades decorrentes de valorações morais, estéticas e outras. Por esse motivo, o inimigo não seria fundamentalmente feio, ou mau. No entanto, sempre será o outro, um estranho³⁸.

O inimigo, portanto, não seria o concorrente ou o adversário em geral, nem o particular, pelo qual se tem antipatia. O inimigo é um conjunto de homens que se contrapõe a um conjunto semelhante, isto é, o inimigo é apenas o inimigo público. Por esse motivo, inimigo é *hostis* (inimigo político), e não *inimicus* (inimigo pessoal)³⁹.

Em relação a este último, é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser, ou realização extrema da hostilidade. Pois o *hostis*, por carecer de direitos em termos absolutos, é quem estaria fora da comunidade. Trata-se, portanto, de inimigo declarado. Não porque ele próprio assim se declare, mas porque assim são declarados pelo poder⁴⁰.

Justamente por essa razão, poderia haver situações extremas em que surjam conflitos contra ele. De fato, a existência da inimizade implica na possibilidade efetiva de um confronto. Assim sendo, a guerra é a mais extrema consequência da inimizade, pois é a negação existencial do inimigo. Ela não precisa ser algo ideal ou desejável, porém, não obstante, necessita permanecer como uma possibilidade real, enquanto o conceito de inimigo permanecer válido, uma vez que, por mais que se tente dissimular, não se concebe inimigo sem guerra⁴¹.

³⁷ A utilização deste autor no presente trabalho se faz criticamente, com a preocupação com a relevância que se concede à obra de um autor que sem a menor dúvida pertence ao pensamento autoritário e reacionário do séc. XX.

Contudo, vale ressaltar que não se pode entender a obra de um autor à margem das circunstâncias que marcaram seu tempo e sua própria biografia. A influência intelectual de Carl Schmitt na Alemanha chegou a seu ponto mais alto nos anos 30, com o surgimento, desenvolvimento e consolidação dos movimentos fascistas na Europa. Cf.: GONZÁLEZ, Sabrina; BORON, Atilio A. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires, 2006.

³⁸ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

³⁹ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A separação entre um Direito Penal de combate a inimigos e outro aplicado aos cidadãos parte da premissa de que o Estado deve prover direitos e garantias, ao menos para com os classificados como cidadãos (não-inimigos)⁴². No entanto, ao longo deste trabalho, verificar-se-á a fragilidade dessa afirmação, devido ao aumento de discricionariedade investigadora das agências policiais, pois, a quem cabe a decisão sobre quem deve ou quem não deve ser considerado inimigo?

Vale salientar que, em caso de conflito extremo, quem decide quem são os inimigos é o soberano. O que significa dizer que somente a ele cabe, na estrita medida da necessidade, mas ainda assim segundo sua discricionariedade, considerar o outro como pessoa, ou negar-lhe sua existência, sendo, então, necessário defender-se e combatê-lo⁴³.

Essa “necessidade” será entendida pela neutralização de um perigo e, conseqüentemente, pelo provimento de segurança. Entretanto, como não existe segurança absoluta, aquele que afere a conveniência desta medida terá continuamente a chance de invocar a necessidade de maior segurança, a fim de sempre estar estabilizando as expectativas do sistema⁴⁴. Ao se limitarem as garantias processuais, todos, indistintamente, correrão o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos.

Em contrapartida, a antecipação da punibilidade também produziu o medonho efeito da identificação prévia de indivíduos supostamente perigosos, para os quais o sistema punitivo deveria olhar com mais alerta. Ora, ao passo em que a lesão dos bens jurídicos não seria mais um indicador seguro para a criminalização das condutas, os próprios indivíduos passaram a ser o parâmetro medidor da ameaça das mesmas.

A partir desse momento, características individuais passaram a ser determinantes para definir se determinada prática seria ou não criminosa. Em outras palavras, o sistema punitivo absorveu traços definidores de um

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Direito Penal de autor, modelo que preconiza que as condutas teriam menos importância que as peculiaridades dos indivíduos, no momento de se apontar os delinquentes⁴⁵.

Conclusão

A partir dos elementos de pesquisa apresentados, tem-se que os dados a respeito dos homicídios na realidade brasileira demonstram estar ocorrendo, paulatinamente, ainda que não oficialmente, o extermínio de uma parcela da população, a qual possui endereço e densidade negra. Os alarmantes dados apontam ser o próprio estado o responsável pela eliminação dessas pessoas. Por este motivo, partiu o presente trabalho da indagação: vigora no Brasil, sorrateiramente, um direito penal do inimigo?

Os casos que se encontram vinculados ao uso da força estatal, justificado por “oposição à intervenção policial” são uma constante em diversas pesquisas estatísticas realizadas, o que justificou a questão supramencionada. Em razão das recentes pesquisas que constataram a desigualdade nas mortes entre negros e brancos no Brasil, ativistas conceberam o termo “genocídio da juventude negra” para descrever o crescimento da taxa de vitimização de jovens negros.

Desta forma, através da análise dessas taxas de mortalidade, chega-se ao conceito de necropolítica, cunhado pelo teórico político camaronês, para descrever a política da morte adaptada e executada pelo e através do Estado, no pleno exercício de sua soberania. Assim sendo, ser soberano consistiria em quando se tem o poder de decidir a morte. Isto posto, a expressão máxima da soberania constitui-se na decisão de escolher quem deve morrer e quem pode viver na sociedade, de maneira que a soberania seria essa competência para definir quem importa e quem não importa, ou quem é descartável e quem não é, por conseguinte, os limites da soberania consistem em “matar ou deixar viver”.

⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Utilizando-se dos conceitos de biopoder de Michel Foucault, e de estado de exceção e estado de sítio de Giorgio Agamben, o supramencionado autor aponta com clareza como o estado de exceção e a relação de inimizade resultaram na base normativa do direito de matar, além da forma como o poder apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo para justificar o extermínio de outrem.

Ao apelar à exceção, a fim de fazer emergir uma noção de inimigo, o estado acaba pondo em prática os ensinamentos do direito penal do inimigo, o qual promove a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), remetendo-se a seres humanos que são coisificados, destituídos de determinados direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas, com base na ideia de que alguns deles são perigosos e que apenas por isso devem ser segregados, neutralizados ou eliminados.

Dessa forma, quando se nega a humanidade do outro, qualquer violência passa a ser possível, desde agressões até a morte. Por causa disso, o conceito de necropolítica, trazido por Mbembe, se associa ao racismo, e também com a ideia da eliminação de um inimigo e das favelas, uma vez que os divulgados números de mortes decorrentes de intervenção policial evidenciam um Estado que adota a política da morte, o uso ilegítimo da força, o extermínio de uma população com classe e raça bastante predefinidas, consequência de uma política de inimizade que promove a separação entre as categorias amigo e inimigo.

O conceito de inimigo jamais será compatível com um Estado de direito, nem com os princípios do liberalismo político, pois este pressupõe o hábito de respeitar o dissenso dos outros exercitado contra nós. Para o direito penal do inimigo, a dissidência de opinião é guerra, hostilidade que autoriza repressão e até morte: o dissidente é inimigo⁴⁶.

O que significa dizer que a afirmação de que a própria existência de um sistema punitivo paralelo, de combate a inimigos, regulado por uma lógica diferenciada daquela delineadora do Direito Penal garantista, já

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

alude à negação do Estado de Direito. Desse modo, o uso do paradigma da inimizade e, por conseguinte, a existência de um sistema punitivo extravagante é um apontador de tendências autoritárias, imperfeições inseridas no Estado de Direito, que o desgastam, negando suas finalidades e princípios.

O que não se pode é considerar que possa haver qualquer compatibilidade de um conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se aperceber que esse pretenso conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, o qual, em sua essência, não tolera limite nem contenção de qualquer espécie, ou seja, importa o abandono do Estado de direito.

Por mais que essa ideia seja relativizada, quando se faz a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), refere-se a seres humanos que são coisificados, destituídos de determinados direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas com base na ideia de que alguns deles são perigosos e que apenas por isso devem ser segregados, neutralizados ou eliminados.

Dada a imprevisibilidade do futuro, sua incerteza mantém em aberto o juízo de periculosidade até o ponto em que quem tem o poder de decisão não mais o considere como inimigo. Desta maneira, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre da subjetividade do detentor do poder individualizador.

Do mesmo modo, o tratamento de um ser humano como coisa perigosa, que põe em risco a segurança ou a certeza acerca do futuro, não se atém a despersonalizar exclusivamente quem é tratado dessa maneira, mas convém atentar que a primazia do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, culminaria na despersonalização de toda a sociedade. De forma que, dada a arbitrariedade da distribuição do rótulo de inimigo, ninguém no mundo pode se considerar livre de ser eventualmente rotulado.

É bom lembrar que o Estado de direito conserva, em sua essência, recolhido ou encapsulado, o Estado de polícia – o qual está sempre

inventando novos inimigos –, e que aquele nada mais é do que barreira de contenção deste, sacrificadamente conseguida como resultado de amontoada experiência no decorrer das lutas contra o Estado absoluto, que caracterizaria a sua máxima realização.

A conclusão a que se chega é a de que não se pode ceder espaço, nem sequer qualquer brecha, ao direito penal do inimigo no Estado de direito, nem sob a ilusão de que seria de forma limitada, posto que nunca o será, uma vez que a realidade do poder é dinâmica, jamais estática. Ademais, se for entregue a um grupo de pessoas o poder conforme o modelo de Estado de polícia, este, que nunca deixou de pulsar, envidará todos os esforços para chegar até o Estado absoluto.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*, trad. Henrique Burigo, 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. “Faro Policial”: um estudo de caso acerca dos critérios de construção e operação de padrões de suspeição e seletividade na ação policial. *Anais do 39º Encontro Anual Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Resolução nº 8*, de 20 de dezembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Superior de Polícia. *Resolução Conjunta nº 2*, de 13 de outubro de 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição XII. São Paulo, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONZÁLEZ, Sabrina; BORON, Atilio A. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: *Filosofia Política Contemporânea. Controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: Buenos Aires, 2006.

IPEA. Nota Técnica Nº 10. *Vidas Perdidas e Racismo no Brasil*. Brasília, 2013.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo*: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; MELO, Maria Adélia Gomes Correia de; SILVA, Fabiana Barros e. Uso da força, controle externo da polícia pelo Ministério Público e vitimização da juventude negra: uma leitura do racismo estrutural na cidade do Recife. *Anais do III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRIM)*, IBCCRIM, São Paulo, 2019.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Revista Arte & Ensaios*, Programa de Pós-Graduação em Artes Visuais UFRJ, n. 32, dezembro 2016. Acesso em: 19 fev. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva em Derecho Penal. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Ciminología*, Universidad Nacional de Educacion a Distancia, Madrid, 2001.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais. *Dissertação*, Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

- SCHLITTLER, Maria Carolina. "MATAR MUITO, PRENDER MAL". A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. *Tese*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar. 2016.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.
- SINHORETTO, Jacqueline et al. Juventude e violência policial no município de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 10, n. 1, p. 10-35, São Paulo, fev./mar., 2016.
- _____. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: BRASIL. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
- SKOLNICK, J. H. *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*. Wiley, New York, 1966.
- STONE, Christopher. *A importância do controle externo: uma perspectiva internacional*. I Conferência Internacional sobre Controle Externo da Polícia. Rio de Janeiro, Setembro de 2002.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil*. Brasília, 2014. Acesso em 19 fev. 2020. Disponível em www.juventude.gov.br/juventudeviva
- ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida – a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**Perspectivas analíticas civil-constitucionais:
análise da (im) penhorabilidade do bem
de família do fiador em contrato locatício
comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet**

*Renan Francelino da Silva*¹

Introdução

A discussão em torno da (im) penhorabilidade do bem de família, no Brasil, intensificou-se nos últimos anos, a partir de entendimentos jurisprudenciais divergentes, convergentes numa análise: há-de existir uma expressiva lacuna na Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família – Lei nº 8.009, de 26 de março de 1990 –, que prejudica a sua aplicabilidade, ao passo que fere um princípio-valor de todo o ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana.

Referida lacuna trata-se, de modo geral, da hipótese prevista no art. 3º, VII, da referida lei, que prevê, *ipsis litteris*, a penhora do bem de família em razão de “*obrigação decorrente de fiança em contrato de locação*” (vide art. 3º, VII, da Lei 8.009/90), que fora introduzido pela Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, abordá-la-emos sob o viés comercial, eixo de nossa discussão.

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ); Estagiário na Procuradoria-Geral do Município de Pernambuco – PGM, no PROCON Municipal de Pernambuco. E-mail: renan.fs@outlook.com.br.

Reconhecendo, todavia, a relevância do bem de família como preceito basilar à efetividade dos direitos humanos, este artigo buscou discorrer sobre a (im) penhorabilidade do bem de família em contrato locatício comercial, a fim de demonstrar que o referido tratamento viola, *in casu*, a *dignidade da pessoa humana* do fiador, consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De nossa ideia, buscaremos tratar, na primeira seção, da dignidade da pessoa humana como premissa maior e fundamental de todo o ordenamento jurídico, a qual traz valores norteadores, que vinculam as leis infraconstitucionais. Na segunda seção, trataremos das questões preliminares subjacentes ao bem de família, a fim de compreender o que é bem de família, qual sua origem, quais são os seus fundamentos legais no direito brasileiro, no intuito de sentir os seus antecedentes históricos para, então, melhor compreender o seu instituto. Na terceira seção, trataremos dos aspectos gerais da fiança, para melhor compreender tal instituto fidejussório, assim como a figura que melhor lhe traduz (o fiador), haja vista referido instituto estar direta ou indiretamente interligado a nossa principal discussão. Na quarta seção, ampliaremos os horizontes para as decisões jurisprudenciais.

O presente artigo, porém, não tem a pretensão de enunciar uma única conclusão a respeito do tema ora proposto, nem tampouco esgota todas as nuances que dele decorrem, mas propõe-se a colocar em discussão algumas questões, de caráter introdutório, referentes ao tema da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, que são de interesse não apenas dos operadores do direito², mas da sociedade em geral³.

² Está-se a falar dos advogados (públicos ou particulares); dos juizes, desembargadores e ministros; dos promotores; dos procuradores (municipais, estaduais e federais; dos defensores públicos (estaduais, federais); dentre outros profissionais.

³ Em que pese estarmos falando da sociedade em geral, vale lembrar que o (s) fiador (es) também estão nesse meio, assim, é do interesse dele (s) tratar desta matéria.

1. Premissa maior e fundamental de todo o ordenamento jurídico: breve notas sobre a dignidade da pessoa humana

Falar sobre a dignidade da pessoa humana exige de *qualquer do povo* responsabilidade – não qualquer responsabilidade, mas uma responsabilidade de desenvolver um duto arrazoado jurídico emancipatório, decorrente de inteligível e digno tipo de olhar incidente sobre a matriz do direito brasileiro, o Direito Constitucional – e, acima de tudo, sensibilidade – não qualquer sensibilidade, mas uma sensibilidade que transcende todos os sentidos humanos e toda a normatividade jurídica tradicional.⁴

Qualidade e princípio-valor, de relevância incomensurável, a dignidade carrega, de certo modo, em sua essência:

1.1. A qualidade inerente à pessoa humana – eis a matriz singular genuína humana

Eis que, por um lado, não à toa, Ingo Wolfgang Sarlet, amparado pelo duto arrazoado da jurista francesa Marie-Lucie Pavia, afirma que “a dignidade, acima de tudo, diz respeito à existência humana.”⁵ A dignidade da pessoa humana, neste molde, é, senão, uma qualidade (no sentido defendido pelo autor) inerente à pessoa humana, razão pela qual “não pode (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada, tal como o é na hipótese do art. 3º, VII, da Lei 8009/90, que será em breve explorado), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.”⁶

⁴ Trata-se de um significativo comentário, feito pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, à obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, de autoria de Ingo Wolfgang Sarlet, e que encontra-se registrado na capa da referida obra.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; PAVIA, Marie-Lucie. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

⁶ *Ibidem*, p. 42.

1.2. A premissa maior fundante e fundamentadora de todo o ordenamento jurídico

A dignidade da pessoa humana é, senão, a premissa fundante e fundamentadora de todo o ordenamento jurídico (brasileiro). Não pensava de modo divergente a jurista Flávia Piovesan quando assinalou que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.⁷

Eis que, para Piovesan,

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.⁸

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet não fica para trás na discussão. Em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”⁹, Ingo, ao explorar monograficamente, e não o faz em momento inoportuno, o extenso e bemérito tema da dignidade da pessoa humana, preconiza que a dignidade da pessoa humana é, senão, o “valor fonte que anima e justifica a própria existência

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, p. 54, 2000.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Referida obra, quando analisada estruturalmente, relembra, inicialmente, *data vênia* aos entendidos do campo da Saúde e das Ciências Biológicas, as multiplicidades constitutivas do corpo humano – não que o seja por excelência, mas que ela, ainda que vagarosamente, e em sentido figurado, deduz a estrutura de um corpo (humano), a fisiologia ou morfologia humana – isto porque, depreende-se dela, fragmentos (que compõe cada capítulo trabalhado por Ingo), tal como visto no Homem (pele, músculos, nervos, órgãos, ossos etc), que mantém-na sempre viva – eis a matriz singular genuína humana (da dignidade da pessoa humana).

de um ordenamento jurídico”¹⁰, isto é, um princípio-valor-pilar do ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito.

Eis que, a dignidade da pessoa humana corresponde, pois, a um princípio-valor do ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito, que implica em a) um dever de *qualquer do povo*, um dever coletivo, de interesse público, e não tão somente de interesse privado, restrito à vontade das partes; e b) um norte que rege – e não deve deixar de fazê-lo – todo o direito pátrio, ainda que ela carregue consigo uma essência para além do clico hermenêutico¹¹ (a busca pela compreensão da norma, das leis), qualquer que seja seu elemento interpretativo (textual ou extra-textual), e operacional jurídico (a busca pela aplicabilidade da norma, das leis). Havemos de recordar que, a dignidade da pessoa humana é, nas palavras de Ingo, uma “categoria axiológica aberta”¹². Não se pode deixar de mencionar, ainda, que, a dignidade da pessoa humana é a matriz dos direitos humanos, em especial dos direitos fundamentais, quer estejam positivados (tal como se observa nos múltiplos incisos do art. 5º da Carta Magna brasileira), quer não (havemos de lembrar o disposto no parágrafo segundo da mesma Carta.

Qualidade intrínseca da pessoa humana, não sendo ela apenas existente quando e onde reconhecida pelo Direito, a dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, *intangível, irrenunciável e inalienável*, razão pela qual deve ser *reconhecida, respeitada, promovida e protegida*, a título de nada mais que uma responsabilidade funcional sincrônica – eis a *arefa do*

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

¹¹ É importante destacar, neste sentido, que, hermenêuticamente, ou interpretativamente, chame-o como preferir, a dignidade da pessoa humana possui uma das, se não a mais significativa, “prerrogativas”: o *in dubio pro dignitate* – eis a premissa sob a qual recai o *in dubio pro reu*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro in dubio pro consumidor*, etc) –, e que encerra a transcendência da dignidade da pessoa humana. Com efeito, ainda que seja possível restringir, independentemente do procedimento a ser adotado, algum direito, qualquer que seja sua natureza, o núcleo bemérito e imprescindível da dignidade, no que tange à dignidade da pessoa humana, jamais deve ser transgredido; e que deve ser reconhecido, por fim, como valor-fonte da ordem jurídica.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

*Estado, da comunidade e dos particulares*¹³ em prol da dignidade da pessoa humana.

2. O bem de família

O “bem de família”, que teve origem no Texas, EUA, por meio do modelo *homestead*, há muito era protegido e resguardado por leis de outros sistemas e ordenamentos jurídicos.¹⁴ Leis essas que, como veremos em breve, não se esgotam tão somente no (s) diploma (s) legal (legais) estadunidense, abarcando outros diplomas legais, como o canadense, o francês, o italiano, o português, o mexicano, inclusive, e em especial, sobretudo para a nossa discussão, o (s) diploma (s) legal (legais) brasileiro.

2.1. O bem de família na história: origem e finalidade

Árdua é a missão de localizar com tamanha precisão e exatidão o bem de família na história, vez que o mesmo bem aparenta estar enraizado em um contexto indispensável e afora da história brasileira. Sem embargo, eis que, em primeiro lugar, precisamos sentir os seus antecedentes históricos – e é o que agora se propõe –, para melhor compreender o verdadeiro significado de “bem de família”.¹⁵

O ensinamento prevalente e largamente preconizado, no direito brasileiro, no que concerne à origem do bem de família, é o do jurista e professor Dr. Álvaro Vilaça de Azevedo, para quem, o bem de família é oriundo do modelo americano *homestead* (em tradução livre: “*residência de família*”), que surgiu no estado do Texas, Estados Unidos da América, através da Lei *Homestead Exemption Act*, promulgada no ano de 1949, no Texas, sob a autoridade de Abraham Lincoln, cuja finalidade era a de

¹³ *Ibidem*, p. 110.

¹⁴ PRETEL, Mariana Pretel e. *Bem de família: análise da (im) penhorabilidade dos bens que guardam a residência do executado sob a ótica da (im) prescindibilidade*. 2010.

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família Internacional (necessidade de unificação)*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 102, p. 102, 2007.

instituir e distribuir terras para quem se dispusesse a estabelecer-se como colono é pequeno fazendeiro no Oeste dos Estados Unidos.¹⁶

Como incremento ao douto arrazoado de Azevedo, Caio Mário da Silva Pereira aduz que

[...] Na Constituição Texana de 1945 o *homestead* era definido como uma porção de terra pertencente aos chefes de família protegida contra alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário posteriormente à aquisição da propriedade.¹⁷

À época, havia uma crise emergente, que levou o Governo texano a declarar isento de execução fiscal os imóveis residenciais¹⁸, cuja extensão aproximava-se de 20.234282 hectares, consoante, à época, a 50 acres, mediante exigência e cumprimento de certos requisitos¹⁹, quais sejam: a permanência na terra ora garantida por mais de cinco anos; a realização de cultivo e produção no terreno ora garantido; e a realização de benfeitorias para melhoramento do bem ora assegurado.²⁰

Não pensava o legislador federal texano em outra finalidade senão a de atribuir *função social* àquele bem imóvel, tal como preconizam os legisladores federais e infraconstitucionais (estaduais e municipais) brasileiros. Esta finalidade destaca-se em virtude dos requisitos exigidos na Lei, que em peso se assemelham aos requisitos da *função social do da propriedade*, exigidos pela Carta Política brasileira, como *cláusula pétrea*,

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 25, 2002.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 601, 2010.

¹⁸ Está-se diante, porquanto, de uma garantia protecionista especial, conferida pelo Governo federal texano, aos emigrantes que se deslocavam até o referido estado, em razão das exigências de garantias dos colonos, credores, ao próprio Governo, a saber a penhora judicial. Para fins de compreensão do presente artigo, e a título de esclarecimento, entenda-se penhora judicial como medida de apreensão judicial, de um ou mais bens do devedor, com a finalidade de garantir o pagamento de uma dívida, cuja previsão legal é o artigo 832 e seguintes do Código de Processo Civil em vigor.

¹⁹ É importante ressaltar que tais requisitos, em que pese não carregarem cem por cento da literalidade da época, ainda se mantêm, desta vez em leis específicas. Quando do desenvolvimento da pesquisa, foi possível localizar alguns dos diplomas legais que versam sobre a matéria da impenhorabilidade do bem de família, nos principais estados dos EUA (como Florida, California, Georgia, Texas, etc.), bem como os instrumentos subjacentes a esses diplomas. Trata-se das “Original application for homestead and related tax exemptions”, que consiste em um documento formal no qual o sujeito declara, mediante preenchimento de certos quesitos, o bem imóvel como único bem para fins residenciais, garantindo-lhe à impenhorabilidade e a inalienabilidade do referido bem.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.558. v.6.

em seu art. 5º, inciso XXII e XXIII; art. 182, §2º, da CRFB/88; art. 186, desta Carta Magna; e pelas demais leis infraconstitucionais, em âmbito federal, estadual e municipal, que versam sobre a matéria, e que objetivam não tão somente tornar útil e produtivo o dito bem, para o proprietário, como (também) garantir que o mesmo bem desempenhe papel essencial à coletividade e que, portanto, atenda ao interesse público.²¹

Com efeito, o ato adotado pela autoridade texana ganhou expansão, atingindo considerável número de Estados americanos, que passaram a adotar o mesmo modelo, o dito modelo *homestead exemption*, além de influenciar o processo colonizatório do Estado do Texas. Neste sentido, por um lado, a fim de quantificar e delimitar a expansão ora mencionada, Azevedo assinala que

Esse *homestead* estadual, após seu nascimento, em 1839, no Texas, é verdade, espalhou-se pelo território americano, implantando-se, no ano de 1849, em Vermont e Wisconsin; no de 1850, em Nova Iorque e Michigan; no de 1851, em Indiana, New Jersey e Delaware e, no de 1864, em Nevada. Nestes Estados do Norte, mais necessitados do instituto, veio ele como remédio imediato, que, em seguida, foi sendo adotado no sul, dados os nefastos efeitos da Guerra de Secessão causados àquele rico território, primeiramente, no ano de 1865, na Flórida e Virgínia, depois, no de 1868, em Arkansas e Alabama; no de 1870, no Mississippi e na Geórgia.²²

Na esteira de sua abordagem cronológica, aponta Álvaro, em obra dignamente intitulada “Bem de Família Internacional (Necessidade de Unificação)”, ainda, e não o fez em momento inoportuno, que

No Canadá implantou-se o bem de família, com a lei federal de 1878; na Suíça, o asilo ou abrigo de família, instituiu-se, como no Brasil, pela vontade unilateral do proprietário do imóvel (artigo 350 do Código Civil); na França, editou-se a lei sobre o bien de famille, de 12 de julho de 1909; na Itália, o

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, nº 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família Internacional (necessidade de unificação)*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 102, p. 105, 2007.

instituto do patrimonio familiare, hoje fondo patrimoniale, vem regulado pelo Código Civil de 1942 (arts. 167 a 171); em Portugal, existe o casal de família, instituído pelo Decreto 7.033, de 16 de outubro de 1920; no México, o patrimônio da família é regulado pelo Código Civil de 1928, que teve início de vigência em 1932; na Venezuela, el hogar regulou-se, primeiramente, no Código Civil de 1904, depois no de 1916, após, no de 1942; na Argentina, o bien de familia instituiu-se pela Lei 14.394, de 14 de dezembro de 1954.²³

Verdade é que, o bem de família, como antedito, não se esgota nos limites históricos e territoriais estadunidenses. Pondera Natanael Sarmiento, em sua obra denominada “Notas sobre o Bem de Família”, que o bem de família encontra sua origem no instituto *Hofrecht*, que consiste, de modo geral, em tornar indivisível o imóvel rural para que este seja transmitido, integralmente, aos sucessores.²⁴

Há que se concordar, de certo, que, o ato adotado pela autoridade federal texana expandiu-se, atingindo considerável número de Estados americanos, que passaram a adotar o modelo *homestead*; outrossim, afora do cenário americano (narrativa que, até então, carrega a matriz do bem de família), o instituto do bem de família influenciou outros países europeus e latino-americanos, em especial (sobretudo para a abordagem pretendida neste artigo) o Brasil.

2.2. O bem de família no direito civil

Seguindo este caminhar, Azevedo afirma que, a primeira vez que tal instituto aparece no ordenamento jurídico brasileiro, data de 1850, com o regulamento de 737, que isentava de penhora certos bens do devedor.²⁵

Verdade é que, o referido instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, com *animus* definitivo, nos artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, notadamente em razão da Emenda Constitucional de

²³ *Ibidem*, p. 106.

²⁴ SARMENTO, Natanael. *Notas sobre o bem de família*. Jus Et Fides, Recife, ano 1, n. 1, p. 173, dez. 2001.

²⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 87, 2002.

Feliciano Pena, que levou à baila congressista o debate acerca da matéria, instituindo, no Capítulo V – “Do Bem de Família”, do mesmo diploma legal, os artigos 70 e 73 do Código Civil de 1916 (Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), d’onde se pode extrair:

Art. 70. É permitido aos chefes de família um prédio para o domicílio desta, como a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

É de se perceber, então, que o bem de família, *ab origine*, objetivava não tão só proteger o bem imóvel (de família) de dívidas executórias, mas (também) garantir a sua serventia enquanto abrigo para aqueles que nela residam, protegendo, destarte, a família e o instituto familiar.

Seguindo este enlace, o legislador infraconstitucional disciplinou o bem de família no Código Civil de 2002, o diploma civil legal atual e vigente, em seus artigos 1711 a 1722. Trata-se do bem de família dito *voluntário* – não se confunda com o bem de família *legal*, vê-lo-emos em breve –, instituído por ato de vontade do casal ou de entidade familiar, mediante registro no Cartório de Registro Público de Imóveis, conferindo dois efeitos jurídicos fundamentais: a impenhorabilidade limitada e a inalienabilidade relativa. Vejamos:

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento familiar, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Têm-se, pois, por um lado, a impenhorabilidade do imóvel, isto é, o imóvel torna-se isento de dívidas futuras, salvo àquelas decorrentes ao bem e despesas condominiais (vide art. 1715, do Código Civil de 2002). No que tange à inalienabilidade relativa, lado outro, têm-se a inalienabilidade do dito bem, assim, uma vez inscrito e registrado como bem de família

voluntário, ele só poderá ser alienado com a autorização dos interessados, cabendo ao Ministério Público intervir caso haja participação de incapaz (vide art. 1717, do Código Civil de 2002).

Eis que o art. 1712, do mesmo diploma legal, estabelece em que consiste tal bem de família, especificando quais deles poderão ou não se valer da impenhorabilidade do bem de família:

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Depreende-se deste dispositivo que, o bem de família poderá ser um prédio residencial urbano ou rural, com os seus pertences e acessórios e que sirvam como domicílio família; e que, além do imóvel, quer seja ele urbano, quer seja ele rural, poderá ser considerado os valores mobiliários, cuja renda será utilizada para conservá-lo e para sustento (leia-se subsistência) da família.

Assim, havemos de considerar que o bem de família

É um patrimônio especial, que se institui por ato jurídico que natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com escopo de garantir a sobrevivência da família em seu mínimo essencial, como célula indispensável à realização da justiça social.²⁶

2.3. O bem de família na Lei nº 8.009/90

Entendo ser, em tese, insuficiente, o tratamento amplo e geral, conferido ao bem de família, o legislador infraconstitucional buscou inovar no ordenamento jurídico, deliberando sobre a matéria do bem de família de modo específico e, de certo modo, incisivo, a conferir-lhe a impenhorabilidade que lhe cabe.

²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 107.

Promulgada em 26 de março de 1990, a Lei em comento aponta as diretrizes para a impenhorabilidade do bem de família, dentre elas, determina que o imóvel deve ser em caráter único, o imóvel no qual o proprietário e sua família residem com *animus* de permanência (*animus permanendi*).

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, “Diverso do bem de família estatuído pelo Código Civil, este tipo de bem de família é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar.”²⁷ Percebe-se, portanto, que este direito é, *de jure et de facto*, imprescritível, podendo ser arguido a qualquer momento no decurso do processo judicial, vez que representa uma norma de direito público, aplicável a todos (*erga omnes*), contudo, a mesma lei reserva, ao devedor, o direito de se desfazer dessa garantia, caso queira quitar a dívida contraída.

O conceito de *bem de família legal*, conjugado com os efeitos da impenhorabilidade que recai sobre ele, foi bem enfrentado e delimitado pelo legislador infraconstitucional, para quem:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Percebe-se, ante o exposto, que o bem de família legal é o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar; e que este bem é impenhorável, não respondendo por qualquer tipo de dívida, quer seja ela civil, comercial, fiscal, previdenciária, etc., contraída pelos cônjuges ou

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 609, 2010.

pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei.²⁸

Em que pese referido bem ter sido instituído pelo Código Civil, não significa dizer que o mesmo não está amparado pela lei ora discutida, isto porque, conforme Caio Mário da Silva Pereira

Não se pode afastar a incidência dos benefícios da lei especial se o bem tiver sido instituído, também, na forma do Código Civil. Nada obsta que a impenhorabilidade prevista nos dois diplomas legais incida sobre o mesmo imóvel.²⁹

Imperioso ressaltar, ainda, que, os efeitos da impenhorabilidade, de que trata a lei, estão condicionados ao conceito de residência, abordá-la-emos em breve, que nela está implícito. Isso porque, o crédito, além de ser utilizado para fins de moradia, pode ser utilizado para fins de subsistência, eis que o instituto do bem de família visa proteger um dos elementos fundamentais da família, que é o lar.³⁰ Outrossim, ensina-nos Venozza que, tal garantia é, senão, a impenhorabilidade desse patrimônio, em benefício da constituição e permanência (*animus permanendi*) de uma moradia para a família³¹, visando, com isso, “à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna”³²

2.4. Aspectos gerais sobre a residência

Strictu sensu, vimos, nos dizeres da Lei 8009/90, que o dito bem é o imóvel residencial do próprio casal, ou da entidade familiar; e que, por

²⁸ Depreende-se, ainda, deste artigo, que, para fins legais, aplicar-se-á a impenhorabilidade não apenas ao imóvel, como (também) as pertencas nele presentes (a construção, as plantações, as benfeitorias, os equipamentos, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados).

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 609, 2010.

³⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, p. 723, 2013.

³¹ VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito de Família*. 9. Ed. São Paulo; Atlas, 2009. 6v.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional*. 5. Ed. 6v. São Paulo: Saraiva, 2015.

disposição legal, não responde por qualquer tipo de dívida, contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na lei em comento. Mas, que é residência?³³

À luz da Lei 8009/90, ainda de modo geral, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar, para moradia devendo a (s) pessoa que nele morarem declararem, ainda que tacitamente, *animus permanendi*, isto é:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Na doutrina majoritária, a residência caracteriza-se como um bem imóvel (tendo em vista a sua *natureza imobiliária*)³⁴. Para Ruggiero, residência configura-se como “o lugar onde a pessoa natural se estabelece habitualmente”³⁵. Para ele, ainda, “o sujeito que mora e permanece habitualmente em uma cidade, local onde costumeiramente é encontrado, tem, aí, a sua residência.”³⁶ Utilizando-se, ainda, das palavras de Ruggiero, “classifica-se a moradia como sendo a permanência habitual e costumeira, do indivíduo, num determinado local”³⁷. Para Venoza, a residência “é o local em que se habita, com ânimo de permanência”³⁸. Assim, temos a residência como sendo uma relação de fato³⁹; trata-se, ainda, de um bem

³³ Há-de se perceber, da leitura operada, sobretudo durante a pesquisa que ensejou este trabalho, que a lei faz referências implícitas e explícitas à residência, contudo queda em não defini-la, deixando-nos equidistantes de seu conceito e de sua relevância, quer seja para o direito, quer seja para a vida.

³⁴ Em que pese o duto arrazoado dos doutrinadores mais conservadores, o conceito de residência tem evoluído consideravelmente, de tal forma que, hoje, discute-se a sua natureza imobiliária “exclusiva” e “inalterável” (leia-se perpétua), em razão das “mobile homes”, em tradução livre: “casas móveis”.

³⁵ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 501.

³⁶ *Id.* *Ibid.*, p. 501.

³⁷ *Id.* *Ibid.*, p. 501.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 228, 2003.

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 1: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 157.

imóvel, e, ainda, corresponde ao o próprio local onde estabelecer-se-á a moradia do indivíduo.

Ainda de nossa discussão, o comento do qual se pode extrair com mais clareza e precisão o conceito de residência, objeto da presente discussão, é o da ACS, para quem:

Residência é o local onde a pessoa mora com intuito permanente, que pode coincidir com o domicílio legal. Diferente das moradas provisórias, como os casos de hotéis ou aquelas temporadas em casa de um amigo ou um parente. A residência exige o intuito de permanência.⁴⁰

3. Aspectos gerais da fiança em contrato locatício comercial

Antes de iniciar a discussão, é importante esclarecer que a fiança, ainda que seja uma garantia fidejussória, não é aval, e vice-versa.⁴¹

Compreende-se por fiança uma espécie de garantia fidejussória pactuável, prevista no Código Civil de 2002, em seus artigos 818 e seguintes, por meio da qual o fiador garante satisfazer, com parte de seu patrimônio, ao credor, uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra no momento adequado.

Trata-se, pois, de um contrato acessório e subsidiário ao contrato principal, dependendo e baseando-se, porquanto, na sorte do contrato principal, entretanto tal garantia fidejussória estará subordinada ao não pagamento da dívida pactuada no contrato originário.⁴²

Isso porque, conforme o Professor Caio Mario Pereira, o contrato de fiança é acessório ao contrato principal da locação e, por conseguinte,

⁴⁰ TJDF. *Residência e Domicílio*. 2010. Trata-se de um texto informativo que diferencia o instituto do Domicílio do instituto da Residência.

⁴¹ Para melhor compreensão, registre-se que, a primeira serve para garantir contratos em geral (como o de aluguel, inclusive o de natureza comercial). O segundo, por sua vez, é próprio da do direito cambiário e tem por finalidade tão somente garantir o pagamento do título de crédito (como cheque, letra de câmbio, nota promissória e afins).

⁴² Convém ressaltar, ainda, à título de garantia, que, por se tratar de um contrato acessório, seu valor pode ser inferior ao que fora outrora pactuado, todavia este valor não pode, sob hipótese alguma, ultrapassar o valor acordado no contrato principal, vez que o acessório não deve, por não ser razoável, superar o valor do principal. Mas, caso ultrapasse o valor, outrora firmado, não se excluirá a garantia fidejussória, em verdade, anular-se-á, nos termos do Código Civil em vigor, o valor excedente, equiparando-a ao valor inicial originário, tal como fora acordado.

segue sua estrutura e existência.⁴³ Assim sendo, uma vez declarada a nulidade do contrato principal, que lhe serve de amparo, tal garantia desaparecerá, salvo se sua nulidade decorra de incapacidade pessoal do devedor.

Verdade é que, o crédito do locador pode ter diversas finalidades (independentemente de sua natureza locatícia), e a lei, neste sentido, não distingue um caso do outro (e isto gera, de certo modo, um problema, vê-lo-emos em breve). Assim, pode-se visualizar tanto um caso em que o locador e um imóvel residencial cede todo seu crédito para seu lazer próprio, como, ainda de modo singelamente diferente, o caso em que o locador de um imóvel comercial dedica – e não há nada de errado em fazê-lo, pois a ele é conferida tal faculdade – todo o seu crédito para sua própria moradia.

4. A (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial

Consoante o artigo 3º da Lei 8.009/90, a impenhorabilidade do bem de família, enquanto garantia conferida ao instituto familiar, encontra limites no mesmo diploma que a institui, dentre eles, a penhorabilidade do bem de família ***por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*** (inciso VII deste artigo), objeto de nossa discussão, que reproduz, em certa medida, no campo jurisprudencial, certa problemática, no que se refere à aplicabilidade da impenhorabilidade, quando vislumbrada sob à figura do fiador em contrato locatício comercial.⁴⁴

⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. Vol. III. 12ed. Forense. Rio de Janeiro, 2006.

⁴⁴ Há, neste sentido, um artigo, publicado, intitulado “*Proposta de uma Possível Relativização da Impenhorabilidade do Bem De Família*”, que fora escrito pelo Me. André Medeiros Toledo e pelo Pós doutor Elías Marques de Medeiros. No artigo, os autores analisam o regime da impenhorabilidade do bem de família, ao passo que apresentam, com base em suas experiências prático-profissionais no âmbito jurídico advocatício e registral, uma proposta de reflexão quanto às hipóteses em que essa impenhorabilidade pode, ou não, ser relativizada ou flexibilizada, em razão dos princípios da eficiência e da razoabilidade.

No que tange à hipótese excepcional prevista no inciso ora discutido, há-de se perceber uma problemática (recém abordada): a lei não distingue a natureza do crédito do contrato, o que gera, de certa forma, uma instabilidade jurídica, que, por sua vez, dá ensejo a uma margem de inaplicabilidade da norma.⁴⁵

As perguntas, no tocante a esta matéria, não se encerram, muito pelo contrário, encontram, cada vez mais, uma margem de incerteza e inaplicabilidade para o operador do direito, especialmente para o juiz que tem o dever funcional jurisdicional de dizer o direito (*jurisdictio*), no caso concreto, e que sequer pode escusar-se desse dever (*iura novit curia*) (vide art. 140, do Código de Processo Civil em vigor), devendo, nos casos de omissão, decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais de direito (vide art. 4º, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – LINDB).

4.1. Debate jurisprudencial acerca da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial

Árdua é a tarefa de localizar, neste expediente de excepcionalidade, omissão, indefinibilidade, sobretudo de afronta à *dignidade da pessoa humana* do fiador, razoabilidade para penhorar o bem de família do fiador do contrato. Questiona-se: não deveria o fiador, em sendo do povo, fazer jus à impenhorabilidade do bem de família expressa e imposta pela Lei 8009/90? Aliás, não seria a penhora do bem de família do fiador na locação comercial uma afronta à dignidade de sua pessoa?⁴⁶

⁴⁵ Em termos práticos: é possível e cabível penhorar o bem de família do fiador em contrato de aluguel comercial? Residencial? Referido bem, pode ser penhorado apenas no primeiro caso? Apenas no segundo? Em nenhum dos casos?

⁴⁶ FRANCELINO, R. S. *Aliás, não seria a penhora do bem de família do fiador na locação uma afronta à dignidade de sua pessoa?* 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/alias-nao-seria-a-penhora-do-bem-de-familia-do-fiador-na-locacao-uma-afronta-a-dignidade-de-sua-pessoa>. Acessado em 10 nov. 2019. Registre-se que, esta pergunta, acima destacada, fora colocada como título de um trabalho acadêmico, publicado no ano de 2019, e que visava (re) discutir o tema da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial sob o prisma da dignidade da pessoa humana sobre o qual o jurista Ingo Wolfgang Sarlet, se debruçou.

Com efeito, exurgem-se, diante deste fator (in) determinante, divergências jurisprudenciais nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário – deixemos esta abordagem estritamente jurisprudencial para outro trabalho acadêmico –, dando ensejo, pois, a decisões favoráveis e desfavoráveis a penhora do referido bem.

Após deliberar sobre a matéria, a fim de dirimir a lide existente e de pacificar a evidente divergência jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, resolveu a questão editando o tema nº 295, atribuindo-lhe repercussão geral, que, através do julgamento do recurso paradigma RE 612.360, afirmou a seguinte tese:

É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com redação da EC 26/20.

Ainda neste alinhavo, contudo em momento subsequente, o Superior Tribunal de Justiça, em 2014, em julgamento pela sistemática de recursos repetitivos, que fundou o tema nº 708, também declarou seu entendimento sobre a matéria, fixando a seguinte tese: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da lei 8.009/90.”

Um ano após, em 2015, o STJ “pacificou” de vez a questão, editando a Súmula nº 549, preconizando a seguinte tese: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”⁴⁷

Três anos após, em 2018, eis que a Suprema Corte, a fim de pacificar o entendimento acerca da aplicabilidade, ou não, da Súmula editada pelo STJ, retoma o julgamento da matéria da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, desta vez no RE 605.709, iniciado

⁴⁷ Relembra Abílio Veloso de Araújo que, todos os julgamentos precedentes, do STJ, tanto o REsp 1.363.368/MG, que serviu de paradigma e amparo para o tema nº 708, quanto os recursos AgRg no AREsp 624.111/SP; REsp 1.363.368/MS; AgRg no AREsp 160.852/SP; AgRg no AREsp 31.070/SP; AgRg no Ag 1.181.586/PR; e AgRg no REsp 1.088.962/DF, carregam, em sua essência, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, e não residencial.

em 2014. Sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, então ainda integrante da Turma, decidiu-se (leia-se ficou acordado), por maioria de votos (3 a 2), pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial.⁴⁸

Verdade é que, o Acórdão proferido prevê, valendo-se de processo que trata da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício para fins residenciais.⁴⁹

Em que pese às excepcionalidades, ensina-nos Maristela Aparecida e Fernanda Aparecida, ainda, que a regra da impenhorabilidade, de que trata a Lei 8.009/90, diz respeito não a um requerimento formal, realizado mediante escritura pública ou testamento, para, então, garantir a impenhorabilidade do imóvel, mas sim a uma norma de ordem pública, aplicável a todos (*erga omnes*), que objetiva proteger a célula familiar, independentemente de os seus integrantes assim o requererem.⁵⁰

Afora da acalorada divergência jurisprudencial (leia-se *prequestionamento*) narrada há pouco, mister se faz recordar, ainda, à guisa de um prévio encerramento – muito se tem o que discutir –, ainda que não seja objeto de nossa discussão, que, estamos diante de dois direitos fundamentais do cidadão [qualquer que seja sua figura: de pai ou mãe, filho (a), herdeiro (a), empresário (a), proprietário (a), autor (a), réu, consumidor (a), empregado (a), empregador (a), etc]: o direito fundamental social à moradia (art. 6º, CRFB/88) e o direito fundamental

⁴⁸ STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 605.709*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE: 27/06/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=139&dataPublicacaoDj=27/06/2019&incidente=5649&codCapitulo=6&numMateria=98&codMateria=3>. Acessado em: 27 nov. 2019.

⁴⁹ VELOZO, Abílio de Araújo. *1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador na locação comercial*. Pernambuco-PE. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298909,910411+turma+do+STF+comete+lamentavel+equivoco+em+juizamento+sobre+a>. Acessado em 20 out. 2019. Assinala Abílio de Araújo que, segundo o acórdão, construído, *data máxima vênia*, erroneamente, por meio do sistema *distinguish*, poderá o bem de família do fiador ser penhorado quando da incidência da hipótese prevista no art. 3º, VII, da Lei 8009/90, notadamente, ou não, quando se tratar, ou não, de contrato locatício comercial.

⁵⁰ MARISTELA APARECIDA apud FERNANDA APARECIDA. *Impenhorabilidade do Bem de Família*.

à propriedade (art. 5º, XXII, CRFB).⁵¹ Garantias essas que são corolários de um princípio do qual jamais podemos nos esquivar, sequer ignorar: o *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CRFB/88), princípio esse que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e que, por sua vez, é inerente a República Federativa do Brasil, qualquer que seja sua esfera, quer seja ela Federal, Estadual ou Municipal.

Conclusões

Este trabalho ensejou algumas conclusões, porém cabe mencionar que todas ainda de caráter introdutório, em razão do conciso período compreendido entre a (s) decisão (ões) jurisprudencial (ais) em face do tema da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, e o desenvolvimento deste artigo.

Parece visível a (in) constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, que prevê, *ipsis litteris*, a penhora do bem de família em razão de “obrigação decorrente de fiança em contrato de locação”, ainda porque, referida norma expressa uma lacuna no ordenamento jurídico, que, em julgamento, prejudica sua aplicabilidade, ao passo que fere um princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

No caminhar dessa discussão, este artigo tratou da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Expondo, precipuamente, o duto arrazoado do renomado jurista brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet, e de outros autores do direito pátrio.

À guisa metodológica, e valendo-se da pergunta-hipótese, norteadora, que deu ensejo a este estudo: de que, “não deveria o fiador, em sendo do povo, fazer jus à impenhorabilidade do bem de família

⁵¹ FRANCELINO, R. S. A *MATRIZ CORPÓREA FUNDAMENTAL TRANSCENDENTE: A CASA ENQUANTO MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO NECESSÁRIO*, 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-matriz-corporea-fundamental-transcendente-a-casa-enquanto-minimo-existencial-digno-necessario>. Acessado em 02 dez. 2019.

expressa e imposta pela Lei 8.009/90?”, o presente artigo se subdividiu em cinco momentos essenciais:

1. A primeira delas acerca da dignidade da pessoa humana como premissa maior e fundamental do ordenamento jurídico, onde tratamos da dignidade (da pessoa humana) enquanto a) qualidade inerente à pessoa humana – a matriz singular genuína humana; e b) premissa fundante e fundamentadora de todo o ordenamento jurídico.
2. Tratamos das questões preliminares subjacentes ao bem de família, quais sejam: que é bem de família, qual sua origem, quais são os seus fundamentos legais no direito pátrio (procedendo com uma breve abordagem paralela entre o Código Civil “velho”, de 1916, e o Código Civil “novo”, de 2002, e visitando a Lei 8.009, de 26 de março de 1990), a fim de sentir os seus antecedentes históricos para, então, melhor compreender o seu instituto.
3. Tratamos dos aspectos gerais da residência, bem como da sua relevância para o “instituto protetivo” do bem de família.
4. Tratamos dos aspectos gerais da fiança, a fim de melhor compreender o instituto fidejussório, bem como a figura que melhor lhe traduz, o fiador, haja vista referido instituto estar direta ou indiretamente interligado ao objeto de discussão deste artigo.
5. Por fim, tratamos do debate jurisprudencial, e da acalorada divergência nele observada, em torno da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, e que aparenta ter sido instaurado pelo expediente de excepcionalidade, omissão, indefinibilidade, sobretudo afronta à dignidade da pessoa humana do fiador, previsto no art. 3º da Lei de Impenhorabilidade do bem de Família – Lei 8.009, de 26 de março de 1990, e que fora trazido pela Lei do Inquilinato – Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Reconhecida a complexidade do estudo da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, enquanto expediente excepcional, e contraditório ao princípio-valor da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz-se necessária a análise da aplicabilidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, principal consagradora do “instituto protetivo da família”, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro – eis uma via para um possível trabalho monográfico. Não só em razão do teor processual, mas porque esta discussão tem se intensificado, no Brasil, como consequência

de decisões jurisprudenciais divergentes [a depender da área jurisdicional (brasileira) e do Juízo julgador que nela exerce seu ofício], que quedam em transgressão à garantia ora vislumbrada e à dignidade da pessoa humana do fiador.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família Internacional (necessidade de unificação)*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 102, p. 102, 2007

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 25, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. N° 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n° 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. Lei 8.009, de 26 de março de 1990. *Dispõe sobre a Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 30 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acessado em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. *Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 18 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acessado em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 20 out. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Função Social da Propriedade pública*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

FRANCELINO, R. S. *Aliás, não seria a penhora do bem de família do fiador na locação uma afronta à dignidade de sua pessoa?* 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/alias-nao-seria-a-penhora-do-bem-de-familia-do-fiador-na-locacao-uma-afronta-a-dignidade-de-sua-pessoa>. Acessado em 10 nov. 2019.

FRANCELINO, R. S. *A MATRIZ CORPÓREA FUNDAMENTAL TRANSCENDENTE: A CASA ENQUANTO MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO NECESSÁRIO*, 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-matriz-corporea-fundamental-transcendente-a-casa-enquanto-minimo-existencial-digno-necessario>. Acessado em 02 dez. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional*. 5. Ed. 6v. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.558. v.6.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, p. 723, 2013.

MARISTELA, Aparecida; FERNANDA, Aparecida. *Impenhorabilidade do Bem de Família*. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 21, n. 20, p. 245-268, ago. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_21_n.20.11.pdf. Acessado em 20 abr. 2019.

MEDEIROS, André Toledo; MARQUES, Elias de Medeiros Neto. *Proposta de uma Possível Relativização da Impenhorabilidade do Bem de Família*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, ago. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/36482/25841>. Acessado em 20 abr. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, v. 1. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 157.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> Acesso em: 17 abr. 2017.

PAVIA, Marie-Luce. *Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel*, in: Rémy Cabrillac/Marie-Anne Frison-Roche/Thierry Revet, *Droits et Libertés Fondamenteaux*, 4^a ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 99-114.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. Vol. III. 12ed. Forense. Rio de Janeiro, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 601, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, p. 54, 2000.

PRETEL, Mariana. *Bem de família: análise da (im) penhorabilidade dos bens que guarnecem a residência do executado sob a ótica da (im) prescindibilidade*. 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=647. Acessado em: 14 abr. 2019.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 501.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

SARLET, Ingo Wolfgang. *STF, o direito à moradia e a discussão em torno da penhorabilidade do bem de família*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-30/observatorio-constitucional-stf-direito-moradia-penhorabilidade-bem-familia>. Acessado em: 14 abr. 2019.

SARMENTO, Natanael. *Notas sobre o bem de família*. Jus Et Fides, Recife, ano 1, n. 1, p. 173, dez. 2001.

TJDFT. *Residência e Domicílio*. 2010 TJDFT. Residência e Domicílio. 2010. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/residencia-e-domicilio>. Acessado em 14 abr. 2019.

STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 605.709*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE: 27/06/2019. Disponível: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=139*dataPublicacaoDj=27/06/2019&incidente=5649&codCapitulo=6&numMateria=98&codMateria=3. Acessado em: 27 nov. 2019.

VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito de Família*. 9. 6v. Ed. São Paulo; Atlas, 2009.

VELOZO, Abílio de Araújo. *1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial*. Pernambuco-PE. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298909,911041-1-turma+do+STF+comete+lamentavel+equivoco+em+jugamento+sobre+a>. Acessado em 20 abr. 2019.

VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 228, 2003.

Parte V

Tutela dos direitos fundamentais e crise democrática

Suplícios contemporâneos no Brasil: o desmonte do estado democrático de direito promovido pelo Estado sob o atendimento do clamor social

*Caroline Justino de Vasconcelos*¹

*Daniela Costa De Medeiros*²

*João Marcus da Silva Neves*³

Introdução

Qual deve ser a função do cárcere no Brasil? Construiu-se a reflexão em dois vieses: o formal e o material. Assim, pensa-se que, quando se fala em sua aplicação formal, fala-se na aplicação do Direito Penal sob o Princípio da Intervenção Mínima, em que apenas se recorrerá ao Direito Penal quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para tutelar o bem jurídico protegido, e mais. Pensa-se no Estado Democrático de Direito preocupado com a situação daquele que teve de ser preso, por ser o único meio adequado para a tutela do bem violado no caso concreto. Há então, em tese, uma preocupação sobre as consequências que aquela prisão pode trazer ao indivíduo, estabelecendo-se métodos para sua ressocialização. Este é o aspecto formal do tema. O aspecto material, ou

¹ Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Aluna do Programa de Iniciação Científica da UNICAP. Membro da Comissão de Direito das Startups da OAB/PE. <caroljustino@icloud.com>

² Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). <danielamedeiroscontato@gmail.com>

³ Graduando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). <joaomarcus96@hotmail.com>

seja, aquele que, de fato, é aplicado no dia a dia, é bem diferente da teoria brevemente apresentada.

Com efeito, sabe-se que o cárcere no Brasil está sendo utilizado para maximização do punitivismo estatal. Busca-se, por meio deste, reprimir condutas de maneira ostensiva, infringindo-se direitos e garantias fundamentais que todo ser humano deve ter, indistintamente, sob a Constituição da República Federativa do Brasil. Há um movimento inclinado a criar tendências populistas que, por meio da mídia jornalística, ganha força e passa a ideia do governo que atua conforme a vontade do povo. Porém, é este o discurso que legitima atrocidades contra todos. Percebe-se que há uma sensação de segurança entre as pessoas que compõem esses movimentos, uma sensação de estar do outro lado, quando em verdade, sempre que existe violação de direitos e garantias fundamentais, todos são atingidos. A única diferença é que, para uns, o alcance é imediato, enquanto para outros é mediato. No entanto, mais cedo ou mais tarde, todos sofrerão suas consequências.

Mas, afinal, o que leva pessoas a pensar que a violência deve ser combatida com violência? O que faz pensar que o encarceramento em massa é o ponto de partida necessário para que tal pessoa “aprenda” com seus erros e não faça mais ‘aquilo’, sob o dizer de que “se não quer ir para ali, não roube, não fure, não mate?” Mostra-se uma visão simplória, extremista, sem compreensão do quão profundo tal tema é, e de quanta importância a ele deve ser dada.

Dados mostram que o número de encarcerados só cresce com o passar dos anos. De acordo com o Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional⁴, analisando-se os anos 2000 até o ano de 2019, constata-se que o número de população privada de liberdade só cresceu, ano após ano. Apenas para se ter uma ideia, nos anos 2000, o número correspondia a 232.800 presos, e no ano de 2019, o número saltou para 766.752. Essa estatística mostra eficiência no sistema penal brasileiro em

⁴DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 28 fev. 2020.

sua política penal e criminal? Demonstra-se que não. Os números mostram que o punitivismo não é o sistema adequado para o combate ao crime, pois só dificulta a ressocialização dos indivíduos, ainda mais quando as pessoas que se encontram naquela situação são tratadas de forma desumana, sendo postas em presídios superlotados, que comportam um número de pessoas muito acima de seu limite (estatística comprovando este fato será aduzida no parágrafo seguinte). O fato é que muitas conclusões podem ser tomadas a partir desses números, mas não no sentido de haver qualquer eficácia desse sistema em face dos propósitos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Mais um número a ser analisado: dos 766.752 presos, apenas havia vagas para 460.750. Isso representa quase o dobro de pessoas acima da capacidade para qual foi construído cada presídio. Esse é o reflexo das pessoas que dormem de pé, por exemplo. Por onde ficou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana? E o que dizer a respeito dos presos provisórios, que passaram de 80.775, no ano 2000, para 263.404, em 2019? Mais um princípio constitucional violado, qual seja, o da presunção de inocência. Sobre o tema já firmou entendimento o STF, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54⁵, no dia 07/11/19, afirmando que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos.

Assim, via de regra, é proibida a execução provisória da pena, ressaltando-se apenas que há a possibilidade de o réu ser preso antes do trânsito em julgado, para tanto, é preciso que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva prevista no art. 312, CPP. Portanto, o réu até pode ficar preso antes do esgotamento de todas as vias recursais, mas cautelarmente, e não como execução provisória da pena. Com este julgado, resta patente a situação irregular de prisão de grande parte desses presos, pois é claro que a maior parte deles

⁵SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 29 fev. 2020.

não está ali por decisão individualmente fundamentada, com fito cautelar. Para concluir, até junho de 2019, este era o número de presos provisórios, dentro do total de 766.752, o que significa dizer que 33,09%, ou seja, 1/3 dos presos no Brasil são presos provisórios. A exceção virar regra é indício de Estado Democrático de Direito posto em xeque.

1. Suplícios contemporâneos, estado e constituição: uma relação conturbada

Não basta ainda um sistema – no sentido amplo da palavra, não apenas processual – institucionalmente inquisitório, há a necessidade de transferência dessa sede de vingança para a população. Sim, inquisitório. Não é preciso de uma vasta experiência prática para saber como o Estado lida diariamente com as garantias penais impostas pelo legislador. É como se, muitas vezes, sequer existissem.

É muito cômodo para o sistema agir de acordo com o que a população clama. Dessa forma, uma das maneiras de (des)informar a população é a partir de programas diários contendo notícias com cenas e detalhes de crimes que envolvem, principalmente, violência e grave ameaça. É instituir um pânico geral e, ao mesmo tempo, se colocar como o grande super-herói, e a punição severa ser a única forma de se combater a barbárie. Acontece que o próprio Estado, de forma institucionalizada, todos os dias exerce a barbárie. Prova disso é a necessidade de uma polícia militarizada e tentativas parlamentares de trazer permissividade e extinção de ilicitude para polícias que cometerem o crime de homicídio em serviço quando, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019⁶, em 2018, houve 6.220 mortes decorrentes de intervenções policiais (correspondendo a 17 pessoas mortas por dia), tendo como principal alvo a população negra, que corresponde a 75,4% do total de vítimas. É um

⁶FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2020.

processo (nem tão) lento de uma antidemocratização. De acordo com Domingos Barroso da Costa,

Há uma progressiva adesão por parte das autoridades públicas aos apelos midiáticos e clamores acriticos que pressionam por uma conversão do sistema penal em instrumento de consumação de vinganças privadas, regidos por uma lei de talião atualizada, que busca expressão pelo poder de punir estatal – que, fora dos limites da lei, se manifesta como expressão de poder do mais forte. Sob pena de se transformar em criminoso, o Estado não pode se confundir com a vítima.⁷

É como se fosse aceito que o Estado tudo pode, o Estado pune a todos da forma que o convier. Deve-se confiar no Estado, ele está certo. O sistema determina inimigos a serem combatidos e é a balança medidora de quem é e não é inimigo do Estado. Zaffaroni⁸ aponta essa diferenciação entre o cidadão e o inimigo, no qual este tinha sua condição de pessoa totalmente excluída e seria considerado um indivíduo perigoso e nocivo, devendo ser combatido. Assim, obtendo tal distinção, seria institucionalmente permitido privá-lo de direitos individuais, afinal, seria perigoso e não deveria possuir o direito de ser visto sob a ótica da humanidade.

Essa colocação quebra a ideia de um Estado Democrático de Direito e traz institutos absolutistas e autoritários para um país que há 32 anos promulgou uma Carta Magna extremamente analítica (de conteúdo extenso, que trata de temas estranhos ao mero funcionamento do Estado), podendo-se constatar pela quantidade de incisos que o artigo 5º da CF/88, maior fonte de direitos fundamentais, contém; eclética (se funda em várias ideologias), pela diversidade de matérias que aborda; e rígida (para ser alterada precisa de um procedimento solene, mais dificultoso do que o

⁷COSTA, Domingos Barroso da. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>. Acesso em 2 abr. 2020.

⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 5ª reimpressão, novembro de 2017. 224p. – (Pensamento Criminológico; 14).

previsto para alteração das leis ordinárias), pela necessidade de proteger “a todo custo” institutos que, de tempo em tempo, são colocados em xeque. Ora, outra classificação da Constituição Federal de 1988 é a de ser dogmática (elaborada em um momento determinado, refletem os valores e dogmas daquela época)⁹, ou seja, foi elaborada tendo como base todo o período referente ao momento histórico em que foi criada, após 21 anos de ditadura militar. Com isso, pode-se claramente apontar que o período do Regime Militar serviu como base para se arquitetar uma Constituição que combatesse todos os atentados contra a dignidade humana, ao contraditório e à ampla defesa, além de outros inúmeros direitos humanos, hoje convertidos em direitos fundamentais. Assim, pode-se entender que o fato de se ter uma Constituição Federal extremamente garantista e até mesmo, muitas vezes, exaustiva, é um trauma histórico e também jurídico que o Brasil sofreu por longos e contínuos 21 anos.

Hoje, 32 anos após a promulgação de uma Carta Magna garantista, cidadã e democrática, pode-se observar apelos da população com pedidos completamente inconstitucionais e que afrontam grandes triunfos conquistados pelo Poder Constituinte Originário. Há vários questionamentos que transcendem o objetivo deste artigo, mas que merecem ser expostos para estimular reflexões e perguntas retóricas que, apesar de não serem respondidas no presente trabalho, são importantes para o prosseguimento das considerações que serão feitas a seguir. Diante disso, qual seria a origem dessa sede de vingança populacional que clama por um retrocesso no poder de punir e na forma organizativa do Estado? Como o senso comum repete tantas vezes a afirmação de que se vivo no país da impunidade e, ao mesmo tempo, este ser o país com a terceira maior população carcerária do mundo? Quais os reflexos de um sistema punitivista e o de um sistema abolicionista? Haveria um meio termo? Que caminho segue um Estado em que a própria população clama pelo fim dos institutos que garantem a aplicação dos direitos fundamentais que são (ou deveriam ser) de interesse de todos?

⁹MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Salvador: Editora Juspoivim, 2015.

Em uma primeira análise, é interessante observar essa temática sob a ótica que Michel Foucault¹⁰ trouxe na definição e história dos suplícios, além de moldar este conceito com os parâmetros da contemporaneidade para que possamos discutir com clareza, racionalidade e proporcionalidade a respeito da volta dos suplícios atualmente no Brasil. O *“suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento”*¹¹ declamava Foucault. Segundo o filósofo e crítico, *“nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder”*¹², e também afirmava que, segundo a lógica do poder de punir do Estado, *“diante da justiça do soberano, todas as vozes devem-se calar”*¹³. Partindo da exposição do conceito de suplício, deve-se relembrar da necessidade de atualização do contexto histórico em que este está sendo utilizado.

Como se sabe, a Constituição Federal Brasileira veda a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis em seu artigo 5º, inciso XLVII e alíneas¹⁴. É um dispositivo que segue o princípio da dignidade humana, e algumas destas ideias já vêm sendo defendidas desde o século XVIII por Cesare Beccaria, jurista italiano que inspirou a reforma na legislação penal internacional.

Sobre a pena de morte, Beccaria questiona *“quem poderia ter dado a homens o direito de degolar seus semelhantes e quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida”*¹⁵. Condenava a pena de morte por entender que se trata de *“uma guerra declarada a um cidadão pela nação, que julga a destruição de um cidadão (o inimigo) como algo necessário e útil”*¹⁶. Beccaria, então, defende como inaceitável e infrutífera a pena de morte em uma sociedade civilizada e um Estado forte, tranquilo,

¹⁰FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 20ª. Ed. Petrópolis, Vozes, 1987.

¹¹Ibid., p. 37

¹² Ibid., p. 38

¹³Ibid., p.39

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁵BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. – 2 ed. – São Paulo: Edipro, 2015. Pág. 55.

¹⁶Ibid, p. 55.

seguro e que buscava o verdadeiro bem-estar social, com exceção de casos em que a morte fosse a única medida capaz de inibir novos crimes¹⁷.

Não afirmando concordar com a exceção trazida por Beccaria, mas isolando-a para se permitir uma discussão sobre a viabilidade da inserção deste instituto, torna-se obrigatório que se faça uma breve discussão acerca dos erros judiciários no Brasil.

O erro judiciário tem previsão no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal e no art. 630 do Código de Processo Penal. Ora, no tocante à Constituição, quando se expôs mais acima sobre a classificação dogmática de nossa Carta Magna, pode-se presumir que se há previsão de um direito fundamental à indenização por erro judicial, é porque já havia um histórico de arbitrariedade por parte do Estado. Como uma carta cidadã moldada no pleno Estado Democrático de Direito, viu-se necessária uma garantia fundamental específica. Pode-se afirmar que todo alerta decorre de um fato que o precede, afinal, o direito é mutável e deve se adequar aos novos costumes e aos moldes que a sociedade evolui durante o passar dos anos.

Caso fosse permitida a pena de morte no Brasil, como se poder lidar com os inúmeros casos de erros judiciais que assombram a história do Direito Penal Brasileiro? O caso dos irmãos Naves¹⁸ e o caso de Marcos Mariano da Silva¹⁹ são exemplos emblemáticos da história do sistema judiciário brasileiro e prova de como um judiciário propício a constantes erros, não está preparado para adotar a pena de morte como exceção, quiçá como regra.

¹⁷Ibid.

¹⁸DA SILVA, Camila Garcia. **O caso dos irmãos Naves**: “Tudo o que disse foi medo de pancada...”. Revista Liberdades, nº 4. IBCCRIM, 2010. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em 10 abr. 2020.

¹⁹O Estado foi condenado a pagar 2 milhões de reais por danos morais e materiais a Marcos Mariano da Silva, que passou 13 anos mantido preso ilegalmente no presídio Aníbal Bruno (Recife - PE), sem inquérito e em sentença. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 802.435 - PE 2005/0202982-0.

2. Foucault e os suplícios contemporâneos

A análise dos suplícios e das ideias do filósofo Michel Foucault é a base do presente estudo, devendo-se pontuar o caráter atribuído à pena ao longo da história do sistema penal, sendo esta, por muito tempo, meio de coerção e suplício²⁰. As penas consistiam em formas de punição carregadas de torturas violentas e brutais dos condenados, que eram tratados como objetos por aqueles que promoviam desumanização com o único fito de maximizar o sofrimento dos “desprovidos de alma”, que estavam ali, sob aquelas condições, “por merecer”.

Ora, é lamentável dizer, mas este cenário talvez nunca tenha estado tão contemporâneo quanto nos dias de hoje. Explica-se: como, em pleno século XXI, ainda se veem práticas reiteradas de suplícios do Estado personificado em seus agentes públicos, contra presos, condenados, que já são privados do importante bem que é a liberdade. Ditaduras, guerras, marcas deixadas na história para servir de exemplo e, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que veio carregada de evoluções quanto aos direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, indistintamente. Mas, ainda assim, algo tão rústico e medieval como os suplícios ser realizado no mundo contemporâneo? Difícil justificar-se.

A título exemplificativo será aduzido o ocorrido em presídios no Estado do Pará. Em denúncia do MPF, foram reveladas diversas violações de direitos humanos. Vejam-se alguns relatos de presos e familiares:

Gente, lá dentro ninguém tá comendo nada, não tão bebendo água, todo mundo de cueca, sentado em fezes, mijó, catarro, entendeu?, pegando porrada, com spray de pimenta na cara toda hora, entendeu?, tiro de bala de borracha toda hora em cima da gente, entendeu? [...] Eles não sabem que tá acontecendo isso lá dentro, eles pensam que é só uma intervenção de revista, mas não é intervenção de revista, é torturamento, gente, vocês não sabem o que é uma tortura, tamo sendo torturado, a gente tamo sendo torturado, tão

²⁰ FOUCAULT, op. cit.

muito, nego ferido lá dentro, nego desmaiando, eles dizem que eles não são médicos, eles não querem saber de nada, acordam o cara a bicuda, paulada, entendeu?

(...)

Por mais que eles tenham errado, todos estão pagando pelos seus erros, mas eles não merecem isso, eles estão apanhando, estão sem alimento, alguns estão nus, molhados, sem direito a nada [...]. Proibiram as visitas, sendo que o preso tem direito à visita. Como eles querem que o preso se ressocialize dessa maneira, sendo oprimido, humilhado, passando fome, sede, apanhando? (CERIONE, 2019).²¹

Privação de alimentação é o começo, como se vê. Só o começo. Ora, quem pratica crime, deve arcar com suas consequências e cumprir a pena que o Estado-juiz lhe atribuir. Todos devem responder pelos seus atos, entretanto, não é isso nem nada que permitirá a violação dos direitos daqueles que vão à prisão. Se o Estado, ao destinar a pessoa (utilizar este termo é importante para que não se esqueça de quem se trata) à prisão, limita-se ao objetivo de punir aquele, não está cumprindo seu papel como deve. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, de acordo com suas normas-regras e normas-princípios, o princípio da dignidade humana deve ser preservado²², por exemplo. Àquele que erra, terá privada a sua liberdade, e esta é sua punição. E quanto ao resto? Bem, o “resto” é o mais importante. Promover mecanismos que viabilizem a ressocialização de quem está preso (é uma circunstância, não um estado de ser) é obrigação do Estado. A circunstância na qual se encontram tais indivíduos não deve ser perpetuada como estado de ser. Nessa esteira, importante falar do direito ao esquecimento, cuja existência se justifica como condição imprescindível para que a pessoa cumpra sua pena e siga sua vida em frente, sem ter de pagar pelo resto da sua vida o preço que já foi pago.

Os casos aduzidos se encaixam de forma assustadora aos suplícios detalhados por Michel Foucault. Veja:

²¹CERIONI, Clara. “É campo de concentração”: o escândalo de tortura em presídios no Pará. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/e-campo-de-concentracao-o-escandalo-de-tortura-em-presidios-no-para/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²² BRASIL, op. cit.

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder.²³

Do trecho trazido se vislumbra não apenas a institucionalização dos suplícios promovida pelo Estado, como também a incidência desta com a economia do poder. E quais institutos são simbolizados dentro desse contexto ao atual? Pensa-se tratar da mídia sensacionalista, como já foi citado, que expõe imagens e matérias de forma que, inevitavelmente, causa revolta à população, por só ver tragédias o tempo todo em sua TV, e se voltam contra os “inimigos da sociedade”. A seletividade dos conteúdos jornalísticos provém alicerces para legitimação do Estado punitivista. Mas, então, pergunta-se: qual a diferença entre o agressor e os que clamam por vingança? O que se espera da pena não é a sensação de sofrimento e dor, como no caso do suplício. Nessa esteira é perfeita a colocação de Maffesoli, aduzindo que *“a sociedade agredida, ameaçada e aterrorizada vive fantasias de ódio, vingança e terror sobre o tema prisão, ocorrendo assim uma fusão entre agressor e agredidos, violados e violentos”*²⁴. É uma linha bastante tênue.

Na segunda parte do livro, que trata da punição, Foucault²⁵ elenca regras importantes no processo de tornar eficientes as técnicas punitivas. Destas, destaca-se a regra da especificação ideal, em que o autor defende a criação de um código que classifique cada tipo de infração penal, estabelecendo a pena devida para cada crime definido. Logo, é clarevidente que a busca por essa legalidade tem fulcro num dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, a

²³FOUCAULT, op. cit., 32

²⁴ KIRST, Carolina Pereira apud MASSEFOLI. **O princípio da dignidade humana. Graves omissões e contradições em relação à legislação vigente.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12461>. Acesso em: 17 mar. 2020.

²⁵FOUCAULT, op. cit.

legalidade e a segurança jurídica²⁶. Estes, junto com os demais, respeitam o ser humano, independentemente da condição em que se encontrar, seja dentro ou fora de uma prisão.

Aliás, a prisão também foi analisada por Foucault, observando-a da seguinte maneira: “*A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”*”²⁷. Não se deve aprovar o retrocesso e distorcer as instituições. Prisão é privar liberdade. Prisão é reaprendizagem. Prisão é restabelecer. Prisão é o começo para se voltar a viver.

3. Dificuldade de ressocialização

De acordo com o disposto na Lei de Execução Penal, a sanção penal possui caráter retributivo e função reeducativa para, assim, proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado”²⁸. Isto é, a pena de prisão determina nova finalidade, com um modelo que aponta que não basta castigar o indivíduo, mas sim, deve-se haver a orientação para que dentro da prisão ele possa ser reintegrado à sociedade, objetivando-se evitar a reincidência. Nesse contexto, as penitenciárias têm a função de executar um conjunto de atividades que visam à reabilitação do preso, as quais baseiam-se nas assistências material, à segurança, à saúde, jurídica, educacional, psicológica, social, religiosa, ao trabalho e à profissionalização, a fim da criação concreta de condições para seu retorno ao convívio social²⁹.

Entretanto, na realidade, as assistências são de fato ínfimas, possuindo muito mais um caráter simbólico devido ao cunho legal, e servindo de base para o discurso ressocializador. Os agentes que trabalham na implementação de ações defendem haver falta de estrutura

²⁶BRASIL, op. cit.

²⁷FOUCAULT, op. cit., p. 195

²⁸BRASIL. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Congresso Nacional, 1984.

²⁹BITTENCOURT, C. R. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In: BITTAR, W. A. *criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris e BCCRIM, 2007.

física e de profissionais para a completa implantação dos serviços. Por isso, na escassez, para promover as assistências aos presos, alguns direitos passam a representar privilégios dentro das penitenciárias³⁰.

Primordialmente, posiciona-se a segurança, sendo priorizada em relação aos serviços de assistências. Dessa forma, os técnicos das diversas áreas são instruídos a executar as ações obedecendo aos parâmetros das regras e das normas de segurança estabelecidas pelas penitenciárias. É válido ressaltar que a segurança é estruturada baseando-se no rígido controle disciplinar. Dessa forma, quanto mais submetido às normas paralelamente mais disciplinado, e, assim, o preso possui mais chances de poder participar dos programas e das ações desenvolvidas na instituição prisional, isto é, determina suas condições de inserção³¹.

Os serviços de assistência material como o fornecimento de kits de higiene pessoal e de roupas de cama não são efetuados. Por isso, para suprir tais necessidades, os presos dependem de seus familiares. A alimentação é motivo de reclamações, sendo sua péssima qualidade razão de rebeliões. Por isso, juízes acabam liberando a entrada de alimentos levados por familiares e até mesmo o funcionamento de cantinas, nas quais os presos gastam maior parte de seu dinheiro.

Além disso, as penitenciárias não contam com estrutura suficiente para dar assistência à saúde dos detentos. Há as campanhas de vacinação de iniciativa do Ministério da Saúde e outras iniciativas que visam ao controle de doenças infectocontagiosas, mas os atendimentos das situações mais graves limitam-se às emergências. Ademais, há outra problemática da saúde: a dependência de drogas que envolve grande parcela da população carcerária, que geralmente nunca tem a oportunidade de receber um tratamento clínico. As escassas iniciativas

³⁰BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007. Disponível em: Acesso em: 14 fevereiro 2020.

³¹JULIÃO, E. F. **A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

existentes partem de grupos religiosos, que não são preparados para realizar intervenções tecnicamente especializadas³².

A assistência religiosa possui práticas voltadas para a recuperação do preso. De acordo com agentes penitenciários, a religião é bastante importante para a reintegração social dos indivíduos, colaborando com uma mudança de comportamento e com o estado de harmonia na penitenciária. No entanto, sabe-se que há filiações a grupos religiosos causadas não pela busca religiosa, mas sim, pela insegurança existente nas prisões e assistência material ofertada pelos grupos religiosos.

A assistência à educação é, em geral, através de iniciativas para Educação Básica. Assim, muitas vezes não abarcam o ensino fundamental. Os professores vão aos presídios tentando conscientizar os presos para os estudos. É válido ressaltar que a oferta não corresponde à demanda, o que gera extensas listas de espera. E, além disso, as aulas são descontínuas, baseando-se na lógica da segurança, e ainda podem ser interrompidas a qualquer momento, principalmente quando há possibilidade de motins e na ocasião de revistas.

A assistência jurídica é exercida pela Defensoria Pública aos presos e aos internados sem recursos financeiros para ter acesso a um advogado. Entretanto, há falta de estrutura e de defensores públicos suficientes para o atendimento da expressiva demanda de detentos, o que causa longas esperas. Nesse contexto, há casos em que a execução corre praticamente à revelia da defesa ou o detido se reúne pela primeira vez com o defensor apenas no tribunal na ocasião de uma audiência. E, mesmo havendo atuação defensoria, muitas vezes não são discutidas, a fundo, questões envolvendo relevantes indagações e consequências nos destinos da execução e na vida do encarcerado³³.

Ante o exposto, depreende-se que, de acordo com a Criminologia Crítica, não há possibilidade de ressocializar a pessoa em conflito com a lei dentro de uma sociedade capitalista. A própria prisão criada como

³²JULIÃO, op. cit.

³³JULIÃO, op. cit.

instrumento de controle e manutenção do sistema capitalista é um dos argumentos que respalda tal convicção, cuja verdadeira função e natureza estão condicionadas a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social.

A marginalização social é gerada por um processo discriminatório que o sistema penal impõe, pois o etiquetamento e a estigmatização que a pessoa sofre ao ser condenada, tornam muito pouco provável sua reintegração na sociedade. Tal processo agrava-se no momento da execução penal, o que impossibilita a ressocialização durante a pena privativa de liberdade, isso por conta da relação de exclusão existente entre a prisão e a sociedade.

Para Bittencourt:

Os objetivos que orientam o sistema capitalista (especialmente a acumulação de riquezas) exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, podendo afirmar que sua lógica é incompatível com o objetivo ressocializador.³⁴

Dessa forma, sem a transformação da sociedade capitalista, é inviável o vislumbre em algum tipo de reabilitação da pessoa que cometeu um delito punido pelo Código Penal. Para a Criminologia Crítica, qualquer mudança que se faça no âmbito das penitenciárias não resultará grandes efeitos, isso porque, mantendo-se a mesma estrutura do sistema, a prisão manterá sua função repressiva e estigmatizadora até mesmo quando o indivíduo for liberto, e na qual há, de fato, abusos violentos aos direitos dos presos em seus mais amplos aspectos³⁵.

Conclusão

Constata-se do presente estudo que as ações estatais promovidas dentro do sistema carcerário brasileiro estão muito aquém do que dispõe

³⁴BITTENCOURT, op. cit., p. 40

³⁵JUNIOR, João Farias. **Manual de Criminologia**, 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2001. José de Ribamar da Silva 56.

a Constituição Federal quanto a direitos fundamentais que todos devem ter. Por outro lado, verificam-se ações que estão muito além do permitido quando no combate ao crime. A aplicação de torturas, denominadas como “maus-tratos”, e policiais que extrapolam seus limites, é apenas um desses elementos, de tal forma que o sistema carcerário brasileiro acaba por transparecer segregação social, na medida em que não reforma o cidadão, mas consegue a façanha de piorá-lo, por muitas vezes, ferindo-o com marcas na memória que jamais serão apagadas. Por outro lado, o preso quando é libertado precisa encarar a sociedade, que o rejeita de maneira precepsível, tornando a tarefa daquele que procura se redimir e começar de novo ainda mais difícil. A sociedade precisa refletir quais valores devem ser inseridos no Estado Democrático Brasileiro, observar o passado e enxergar o porquê de a vingança não ser o meio adotado para penalizar aqueles que descumprem a lei, e o Estado deve influenciar neste exercício de reflexão pelos meios de telecomunicação à disposição.

Para mudar esta realidade, é necessário que mudanças sejam promovidas. O Estado deve excluir o incentivo da ideia dos inimigos da sociedade, e promover a segunda chance (pois nem a primeira eles têm, por muitas vezes). A posteriori, deve-se resolver o problema da superpopulação carcerária, pois o direito à vida digna é indisponível, e esta é imprescindível para a reabilitação moral e social dos indivíduos que ali se encontram. O preso deve cumprir sua pena com dignidade, e seus familiares também. Nessa esteira, é importante observar que todas as violações sofridas pelos presos são sofridas pelos seus familiares em ricochete.

Uma das medidas que merece ser mais incentivada é a dos mutirões carcerários, que tem como objetivo principal o cumprimento da Lei de Execuções Penais. É uma ferramenta que tem ajudado bastante o judiciário e que deve ser maximizada, estimulada por todo o país. A título de exemplo, tem-se que *ao menos 45 mil presos foram libertados porque*

já haviam cumprido a pena imposta pelo Judiciário (CNJ, 2020)³⁶. Com este programa, milhares de presos inconstitucionais estão sendo libertados e tendo suas diversas situações regularizadas, medida que se impõe.

Para mais, a audiência de custódia foi um mecanismo criado para evitar essa superpopulação carcerária. Ocorre que nelas há muita atenção, a mídia presencia, e isso tudo acaba por exercer certo tipo de pressão por “justiça social”, mitigando o potencial desse instituto. Por isso, torna-se necessário mais institutos penais de barganha com medidas despenalizadoras e uma efetiva justiça restaurativa. Caso contrário, o Brasil seguirá um retrocesso que trará fantasmas ditatoriais e a consequente normalização do desmonte institucional da democracia.

Referências

BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007. Disponível em: Acesso em: 14 fevereiro 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. – 2 ed. – São Paulo: Edipro, 2015. Pág. 55.

BITTENCOURT, C. R. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In: BITTAR, W. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris e BCCRIM, 2007.

BRASIL. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CERIONI, Clara. **“É campo de concentração”**: o escândalo de tortura em presídios no Pará. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/e-campo-de-concentracao-o-escandalo-de-tortura-em-presidios-no-para/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: . Acesso em: 2 fevereiro 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

COSTA, Domingos Barroso da. **O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>. Acesso em 2 abr. 2020.

DA SILVA, Camila Garcia. **O caso dos irmãos Naves**: “Tudo o que disse foi medo de pancada...”. Revista Liberdades, nº 4. IBCCRIM, 2010. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em 10 abr. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 28 fev. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 20ª. Ed. Petrópolis, Vozes, 1987.

JULIÃO, E. F. **A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

JUNIOR, João Farias. **Manual de Criminologia**, 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2001. José de Ribamar da Silva 56.

KIRST, Carolina Pereira *apud* MASSEFOLI. **O princípio da dignidade humana. Graves omissões e contradições em relação à legislação vigente**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12461>. Acesso em: 17 mar. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Salvador: Editora Juspoivim, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 802.435 - PE 2005/0202982-0.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 5ª reimpressão, novembro de 2017. 224p. - (Pensamento Criminológico; 14). Pág. 1.

**A cláusula do não obstante como mecanismo
propulsor dos diálogos institucionais?
apontamentos a partir da experiência canadense após a
adoção da *Charter of rights and freedoms***

*Eduarda Peixoto da Cunha França*¹

Introdução

Após o processo de globalização mundial, em um mundo que urge por soluções práticas e céleres, é difícil imaginar uma questão (seja ela política, moral, econômica, ambiental ou religiosa) que não possa ser apreciada pelo Poder Judiciário. O cenário pós Segunda Guerra trouxe como uma de suas consequências a judicialização da política e o ativismo judicial, e no Brasil não foi diferente. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve seu rol de papéis ampliado e passou a se pronunciar sobre matérias que fogem do âmbito meramente jurídico, invadem a esfera de atuação dos outros poderes e, por fim, que causam profundas mudanças nas relações intersubjetivas. Ao estabelecer, em seu artigo 102, que a guarda da Constituição caberia precipuamente ao Supremo, o Legislador desejava dar independência à Corte, prerrogativa necessária para que esta pudesse exercer suas funções no novo regime democrático. Entretanto,

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

com o passar dos anos, esse atributo foi entendido numa perspectiva que dava ao Tribunal uma espécie de supremacia.

O juiz “boca da lei”, mero expectador da realidade social, não é mais uma figura compatível com a atualidade, que lança sob a figura do magistrado um olhar redentivo e exerga no mesmo a capacidade de resolver falhas não sanadas pelos outros poderes. Apesar de gozarem de “legitimidade popular”, os sistemas representativos encontram-se desacreditados, posto que, não raramente, seus membros estão envolvidos em todos os tipos de falcatruas. Assim, a figura do magistrado passou a simbolizar a ideia de um pacificador, que atende aos anseios da população e confere à mesma uma vida social mais justa e mais pacífica. O processo, ao contrário do que acontecia no Estado Liberal, não se restringe a disputas individuais com efeitos inter-partes pois, cada vez mais, as decisões judiciais refletem diretamente no dia a dia da coletividade como um todo.

Assim, a ideologia de três poderes harmônicos e independentes entre si, que respeitam os limites de suas competências, parece não mais encaixar-se nas sociedades contemporâneas, sobretudo na Brasileira.

Atualmente, debates que deveriam ser travados em outras esferas de poder foram levadas à Suprema Corte Brasileira, que decidiu temas como: a perda de mandato parlamentar; o aborto de fetos anencéfalos; a inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista; o financiamento de campanhas políticas; a autorização para pesquisas envolvendo células tronco-embrionárias; o direito de greve dos servidores públicos; a possibilidade de união estável homoafetiva e tantas outras que tiveram grande repercussão social e política. O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil permitiu que os tribunais se posicionassem acerca de assuntos polêmicos e controversos, além de implementar políticas públicas, o que acarretou a transferência de poder no concernente a matérias que, originariamente, caberiam ao Legislativo e ao Executivo, para o Judiciário. Assim, este último passou a

ser chamado para se manifestar onde o agir dos sistemas representativos era falho e ineficiente.

É papel dos juizes, num Estado carente de realizações sociais e no qual os cidadãos dispõem de meios processuais democraticamente conferidos, decidir de forma a concretizar anseios populares e efetivar políticas públicas quando o Poder Legislativo se omite? Seja qual for a resposta para esta pergunta, a atuação contemporânea do Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes Constitucionais, deixou bem claro que os Tribunais decidem não somente baseados na norma, de forma técnica, mas, também, baseados em crenças e convicções pessoais, preocupados, ainda, com a repercussão que aquele pronunciamento causará na coletividade, o que é, independentemente do mérito da decisão, prejudicial à democracia.

Nesse diapasão, a legitimidade do controle de constitucionalidade é sempre colocada em xeque. Há quem defenda que o Poder Judiciário é, sem dúvidas, o mais apto a realizá-lo. Não obstante, outros colocam em pauta o desafio contramajoritário (como juizes não eleitos e, portanto, sem legitimidade popular, decidem questões extremamente relevantes e não sofrem qualquer tipo de controle por parte de outras instituições). Essa discussão acarreta uma aposta equivocada em qual poder estaria apto a proferir uma "última palavra" que, na verdade, não passa de uma solução momentânea para um quesito que pode ser alterado futuramente (e provavelmente será). A questão é recorrentemente abordada a partir de um viés binário, sem considerar uma terceira alternativa, mais ponderada, que poderia apresentar-se como o caminho a ser trilhado.

1- Diálogos institucionais

Discutir quem detém a “última palavra” torna-se irrelevante quando, ao invés de nomear um poder como “legítimo” para proferir uma decisão final, foca-se em como as instituições poderiam trabalhar, conjuntamente, por uma decisão coerente e mais duradoura, que atendesse, efetivamente,

às demandas sociais, ao invés de dar continuidade a um infundável jogo de poder. Nesse sentido, uma questão a ser levada em consideração é: como aplicar a Teoria da Separação dos poderes, que delimita o campo de atuação das instituições, numa realidade que demanda dos atores políticos o exercício de múltiplas funções a fim de atender às mais diversas demandas sociais?

O referido questionamento tem sido, há um certo tempo, alvo de grandes debates e a doutrina jurídica contemporânea caminha no sentido de superar uma visão juriscêntrica.

O cenário do Estado pós-moderno, no qual ocorre a erosão de fronteiras e a intensa circulação de idéias, determina uma nova forma de compreender o Direito Constitucional. Diante da dificuldade contramajoritária, surgiu uma reivindicação para a atuação de novos agentes, a partir de uma visão que flexibiliza a autoridade de interpretar o sentido constitucional, tornando esse exercício mais democrático, menos controverso e mais estável. O terceiro caminho a ser trilhado insere-se numa compreensão de constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno do Estado, distanciando-se dos modelos que gravitam em torno de decisões unilaterais e buscando conciliar constitucionalismo e pluralismo, além de encorajar uma relação de cooperação entre diferentes atores constitucionais.

No final do século passado, encabeçada sobretudo por teóricos canadenses e estadunidenses, deu-se início a uma ideologia que permitiria que outros atores, com suas próprias interpretações constitucionais, interferissem de forma legítima na tarefa de guarda da constituição: a dos Diálogos Institucionais. Através dos diálogos, seria possível aproximar-se mais do Princípio Democrático e oxigenar as visões acerca de possíveis interpretações constitucionais, questionando não só a possibilidade de predomínio de uma instituição em relação às demais, como também a própria (e tradicional) Teoria da Separação dos Poderes.

Sendo os diálogos constitucionais um tema amplamente debatido na atualidade, seu sentido é flexível e maleável, de forma que não se tem,

efetivamente, um significado genérico para este fenômeno. Uma coisa é certa: seu conceito vai muito além da relação dialógica interativa entre cortes e parlamentos, que é sua vertente mais abordada e melhor discutida. Existe uma gama de outros tipos de diálogos constitucionais, todos atrelados à ideia de conversação e interação, tendo, entretanto, variações quanto aos atores envolvidos. Anne Meuwese e Marnix Snel², autores que exploram as diferentes vertentes do referido fenômeno, definem os diálogos como uma seqüência de comunicações, implícitas ou explícitas, entre dois ou mais atores, caracterizadas pela ausência de um ator dominante - ou pelo menos por um agrupamento de dominância -, com a intenção compartilhada de melhorar a prática de interpretar, revisar, escrever ou alterar as constituições. Dessa forma, o conceito de diálogos viabiliza a participação de: cortes (nacionais e internacionais); parlamentos; chefes do executivo; cidadãos e, até mesmo, atores não judiciais. O presente trabalho, todavia, propõem-se a analisar os diálogos em sua vertente institucional, focando no papel das instituições e tendo o judiciário como parte necessária da conversação, tal qual apresentada por Louis Fisher, Christine Bateup, Peter Hogg e Allison Bushell, Kent Roach, etc.

Partindo dessa perspectiva, os diálogos institucionais procuram, em especial, reconfigurar as relações existentes entre Cortes e Parlamentos, conciliando democracia; proteção de minorias; efetividade de direitos; e, ainda, mirando o equilíbrio e harmonia entre os poderes. Essa nova forma de enxergar a interpretação constitucional se adapta a cada novo conflito colocado em pauta. A depender do caso concreto, a Corte pode agir de forma proativa ou autocontida, neste último caso, dando espaço para que o órgão revestido de representação democrática delibere. Tudo depende do direito posto em questão. Assim, a ideia de supremacia judicial perde o sentido, uma vez que a proteção dos direitos passa a contemplar uma atuação interativa, de forma que cada ator constitucional é responsável por uma dimensão na tarefa de guarda da constituição. O escopo passa a

² MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional dialogue: An overview. *Utrecht L. Rev.*, v. 9, p. 123, 2013.

ser encontrar o protagonista mais adequado para solucionar o dissenso em questão.

Os diálogos institucionais não condenam a prática do *judicial review* e nem buscam diminuir a importância do papel institucional das supremas cortes. Apenas desmistificam o viés juriscêntrico trazido pelo neoconstitucionalismo através de um processo de interação entre os três poderes, no qual todos eles estão aptos a transparecer fraquezas, conter excessos e, gradualmente, atingir um consenso em matérias constitucionais³.

Em suma, os Diálogos Institucionais consistem num mecanismo que propicia a interação e cooperação de duas ou mais instituições de poderes distintos, a fim de que elas resolvam controvérsias legais e decidam a acerca de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predominância decisória de uma em relação à outra. São uma alternativa à ideia de que a Supremacia Judicial é insuperável, pois buscam soluções que viabilizem uma atuação cooperativa, balanceando o majoritarismo com a questão democrática. Eles não somente se preocupam em responder aos questionamentos levantados acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade, como motivam soluções intermediárias, ao invés do extremismo suscitado pela falsa afirmação da “última palavra”⁴. Seu objetivo não é ofuscar a jurisdição constitucional (apesar de se opor ao *strong judicial review*), e sim, compartilhar a tutela de direitos e garantias individuais com outros poderes, democratizando a guarda da constituição. Embora haja significativas diferenças na aplicação das teorias dialógicas de acordo com o sistema constitucional, realidade cultural, e características sociais de cada país, essas variações não são suficientes para descaracterizar seu objetivo principal: o de suavizar o controle jurisdicional de constitucionalidade e permitir que a “última palavra” em

³ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, 1988, p.275.

⁴ Nesse sentido, Fischer dispõe que o Legislativo e o executivo dividem com o Judiciário o papel de intérprete da Constituição, pois as Cortes não são infalíveis e suas decisões não são questionadas, na medida em que o “Congresso, a Presidência e a opinião pública as acham convincentes, razoáveis e aceitáveis. Caso contrário, os debates sobre os princípios constitucionais continuarão”. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, 1988, p.234.

matéria constitucional seja debatida entre os poderes. Visam evitar, assim, a supremacia judicial e estabelecer um reequilíbrio entre as instituições. Cada sociedade tem um potencial diferente na promoção desse mecanismo.

2- Diálogos como forma de legitimação do *Judicial review*?

De acordo com a teoria dos "diálogos institucionais", os tribunais e os parlamentos participam de um diálogo para alcançar o equilíbrio adequado entre princípios constitucionais e políticas públicas. Existem autores que acreditam que eles são uma forma de legitimar o *judicial review* e, portanto, de dirimir a tensão existente entre constitucionalismo e democracia. Enquanto outros são céticos quanto à possibilidade dos mesmos representarem uma ferramenta eficaz na busca do equilíbrio entre as instituições.

Um dos estudos pioneiros acerca dos diálogos institucionais, foi feito por Peter Hogg e Allison Bushell. Os autores defendem, especialmente, que quando uma decisão judicial, baseada na Constituição, declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma e é garantido ao parlamento a possibilidade de revertê-la ou modificá-la, qualquer preocupação acerca do controle de constitucionalidade é diminuída, de forma que o *judicial review* dificilmente levantaria uma barreira absoluta contra o posicionamento das instituições democráticas e, ainda por cima, reforçaria o sistema democrático, uma vez que provocaria um debate público no qual os valores constitucionais teriam um papel imprescindível, o que não ocorreria se o controle judicial não tivesse acontecido.

Nesse sentido, Hogg e Bushell⁵, dispõem que o *judicial review* pode ser considerado como o ponto inicial de um diálogo institucional, e não como um veto à vontade política. Segundo os autores, sempre que uma decisão judicial puder ser superada, alterada ou evitada pelo Legislativo,

⁵ HOGG, Peter W. E BUSHELL, Allison. *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)*. Osgood Hall Law Journal, v.35, 1997, p.79.

pode-se considerar que houve uma interação dialógica entre as instituições. Assim, a jurisdição constitucional, desde que não adentrasse em posicionamentos ativistas, que restringissem a interpretação constitucional àquilo que as Cortes discricionariamente dizem da Constituição e impeçam ajustes e modificações por parte dos outros poderes, poderia contribuir para a prática dos diálogos.

Assim, o conceito de diálogos não estaria adstrito à ideia de concordância, pois o Legislativo estaria sempre em condições de responder aos pronunciamentos judiciais, elaborando uma resposta que respeitasse devidamente os valores constitucionais identificados pelo tribunal, mas que, ao mesmo tempo, cumprisse os objetivos sociais ou econômicos que a decisão judicial impediu. Assim, não haveria que se falar em monopólio da interpretação constitucional, uma vez que esta atividade seria realizada através de um processo cooperativo.

Luke Tremblay⁶, em contrapartida, aponta que existem limites para que os diálogos ajam no sentido de legitimar o *judicial review*. Isso porque o autor dispõe que existem duas formas de diálogos: diálogo como deliberação e diálogo como conversação, e que somente a primeira, de difícil configuração na realidade, poderia efetivamente garantir legitimidade ao controle de constitucionalidade.

Ao definir diálogos de forma geral, Tremblay dispõe que eles pressupõem que duas ou mais pessoas, reconhecidas como parceiros iguais, troquem palavras, idéias, opiniões, sentimentos, emoções, intenções, desejos, juízos e experiências juntos, dentro de um espaço compartilhado de significados intersubjetivos. Todavia, o autor alega que existem vários tipos de diálogo, e se dispõe a analisar dois deles.

O primeiro é o diálogo como conversação, que pressupõe cooperação. Segundo o autor, cada participante deve ter interesse e um sério comprometimento com aquilo que os outros têm a dizer, de forma que quando seus propósitos são contrários ou quando eles não se abrem

⁶ TREMBLAY, Luc B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p.620.

completamente ao que os outros têm a dizer, a conversação pode falhar. A crítica apresentada à esse tipo de diálogo, consiste no fato dele não ter como objetivo a tomada de uma decisão coletiva, um acordo, a fim de resolver problemas ou conflitos postos em pauta. As partes não se preocupam em persuadir as outras de que uma determinada opinião ou tese é verdade, a mais justificada ou a melhor. E por essa razão é que o diálogo como conversação, apesar de ter um valor normativo, não estaria apto a legitimar o instituto do *judicial review*.

O segundo é o diálogo como deliberação que, segundo Tremblay, também prescinde de duas ou mais pessoas, tidas como iguais, trocando palavras, opiniões, ideias, sentimentos, etc, porém de maneira mais formal e menos espontânea que aquela anteriormente apresentada. Um diálogo como deliberação tem propósitos práticos mútuos específicos: visa tomar decisões em comum; chegar a um acordo; resolver problemas ou conflitos coletivamente; determinar, de maneiras coletiva, qual opinião ou tese é verdade, a mais justificada ou a melhor; ou qual visão prática particular deve governar ações ou decisões⁷. Dessa forma, deve ser um processo de persuasão racional, pelo qual cada parte apresenta suas razões para acreditar que seus posicionamentos são verdadeiros, tentando convencer que seus posicionamentos são os mais acertados. Um diálogo como deliberação não é um debate, deve-se absolutamente determinar quais pontos de vista devem prevalecer. Cada participante deve estar disposto a expor seus pontos de vista para a análise crítica dos outros e deve estar pronto para mudar se os outros apresentarem melhores argumentos. Caso contrário, o diálogo não seria uma deliberação: os participantes seguiriam seus pontos de vista originais e o diálogo seria uma forma de conversa. Assim, tem-se como resultado um acordo livre e fundamentado (ou desacordo) entre os participantes reconhecidos como parceiros iguais.

Dentro desse processo, cada instituição tem um papel distinto a desempenhar: os tribunais podem enfatizar a importância da manutenção

⁷ TREMBLAY, Luc B. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p.623.

de direitos fundamentais, substantivos e valores processuais, enquanto o Legislativo pode enfatizar a importância de promover certos objetivos sociais e econômicos. Cada instituição deve apresentar os melhores argumentos em favor de suas concepções de justiça constitucional, mas cada uma também deve estar disposta a mudar suas visões se as posições da outra instituição parecerem mais fortes. Assim, alega que os diálogos deliberativos poderiam trazer legitimidade para o controle de constitucionalidade, pois a revisão judicial seria parte de um processo contínuo projetado para chegar em acordos fundamentados, e as decisões finais seriam efetivamente democráticas.

3- A cláusula do não obstante (*The notwithstanding clause*)

Algumas técnicas, no direito interno, viabilizam de forma mais efetiva as relações de cooperação entre o Judiciário e o Legislativo. Quando a questão da legitimidade do controle de constitucionalidade foi suscitada no Canadá (país que apresenta-se como marco no concernente à prática de diálogos), a resposta foi inserida na Carta de Direitos Canadense de 1982 (*Charter of Rights*), que promoveu o intercâmbio entre o Judiciário e o Legislativo, principalmente, através da “cláusula não obstante”⁸ (*notwithstanding clause*), sendo esta uma ferramenta constitucional que permite ao legislador, de forma preventiva, impossibilitar que lei recém-aprovada seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, e de forma repressiva, reeditar uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá (*overriding*). Assim, confere ao Parlamento ou às Assembléias

⁸ A Seção 33 da Carta de Direitos Canadense estabelece duas formas de utilização da cláusula não obstante. A primeira, é a forma preventiva, que ocorre quando o Parlamento, ao aprovar a lei, utiliza-se da cláusula não obstante a fim de vetar possível declaração judicial de inconstitucionalidade. E a segunda, por sua vez, é a forma repressiva (*overriding*) e acontece quando o legislador reedita uma lei declarada como inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá. “Section 33 (1) of the Charter of Rights permits Parliament or a provincial legislature to adopt legislation to override section 2 of the Charter (containing such fundamental rights as freedom of expression, freedom of conscience, freedom of association and freedom of assembly) and sections 7-15 of the Charter (containing the right to life, liberty and security of the person, freedom from unreasonable search and seizure, freedom from arbitrary arrest or detention, a number of other legal rights, and the right to equality).” JOHANSEN David, ROSEN, Phillip. *The Notwithstanding Clause of the Charter*. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

Provinciais o poder de instituir legislações temporariamente isentas ao controle de constitucionalidade.

Alguns autores sustentam que a cláusula não obstante foi uma maneira de tentar instituir um controle de constitucionalidade fraco (*weak-form of judicial review*), a fim de não aproximar o modelo canadense do americano, caracterizado pelo monólogo judicial⁹. Isso porque o Canadá, cuja estrutura jurídica sempre fora a do *common law*, com a Carta de 1982, preocupou-se em romper com o positivismo de raiz austriana e estabelecer uma espécie de equilíbrio na configuração da separação dos poderes, de forma que fosse garantida a proteção de direitos pelo Judiciário e preservada a importância do Parlamento na estrutura institucional democrática. Percebe-se, assim, como uma de suas principais características, a preocupação no balanceamento entre as instituições.

Apesar do tema ser controvertido até os dias de hoje (devido ao fato de muitos afirmarem que a simples existência dessa ferramenta apresenta uma ameaça à proteção de Direitos pela Suprema Corte e um verdadeiro retrocesso, tendo em vista a possibilidade do Parlamento superar decisões Judiciais relativas à questões constitucionais), Kent Roach¹⁰ aponta que a cláusula não obstante deve ser compreendida como uma ferramenta facilitadora do diálogo entre a corte e o parlamento. O referido mecanismo permite uma interação entre poderes pois o legislador, diante de uma decisão judicial, pode reagir: a) não se opondo às decisões judiciais; b) reeditando nova lei em conformidade com os limites e características estabelecidos pela corte; ou, por fim, c) utilizando a *override clause*. Além disso, o custo político de anular direitos fundamentais em favor de uma legislação ordinária é muito alto, o que acaba desencorajando o uso frequente da Seção 33.

A cláusula não obstante não é completamente estranha ao Ordenamento Brasileiro, uma vez que a Constituição de 1987 adotou o

⁹ LEITE, Glauco Salomão. *Juristorcacia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.120.

¹⁰ ROACH, Kent. *Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience*. Texas International Law Journal: Vol. 40, Iss. 3, Spring, p. 537-576, 2005, p.540.

referido instituto. Em seu artigo 96, dispunha que seria dado ao Congresso Nacional o direito de vetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de leis. Essa possibilidade de veto ao controle de constitucionalidade poderia ser provocada pelo Chefe do Executivo quando este entendesse que a lei era necessária ao bem estar do povo. As leis ratificadas pelo Congresso (após serem declaradas como “inconstitucionais” pelo Supremo) receberiam o *status* de emenda constitucional. O objetivo da cláusula presente na Constituição “Polaca” não era, entretanto, o de promover um constitucionalismo dialógico; mas, tão somente, de permitir um maior controle do Chefe do Executivo sobre os outros Poderes, uma vez que, na prática, o direito de veto às decisões do STF era exercido por Getúlio Vargas (isso porque os poderes do Congresso Nacional, nos períodos de recesso ou dissolução do Parlamento, eram delegados ao Presidente da República; e o Poder Legislativo, durante o Estado Novo, permaneceu fechado).

Apesar de não ter um mecanismo como a cláusula não obstante atualmente, e de saber que a efetivação dos Diálogos Institucionais está diretamente relacionada à disposição dos atores políticos de interagirem, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 102, inciso segundo, abre uma possibilidade para os diálogos institucionais. O referido artigo dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, só terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, não alcançando o Poder Legislativo, dando ao Parlamento a prerrogativa de reagir às decisões judiciais (de forma que se assim não o fizer, é por sua própria escolha política).

A ideia de diálogos institucionais permite, dessa forma, que o controle de constitucionalidade transborde o âmbito judicial e tenha continuidade em outras instituições, de forma que o destino nacional não fique, única e exclusivamente, nas mãos de uma única instituição, além de possibilitarem uma convivência harmoniosa do constitucionalismo com a

democracia e um maior equilíbrio institucional. Louis Fischer sustenta que a ideia de superioridade das cortes é um legado que estas não podem carregar, pois tal responsabilidade ocasionaria, eventualmente, uma decepção; uma frustração proveniente da demasiada criação de expectativas em um só poder¹¹.

4- As teorias dialógicas classificadas por Christine Bateup

Christine Bateup, ao apresentar os diferentes tipos de teorias dialógicas, afirma que estas têm se proliferado, atualmente, por causa do potencial que muitos enxergam nelas de resolver a questão da legitimidade democrática relacionada ao controle de constitucionalidade, tendo sucesso em países como Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Canadá¹².

Ao contrário de outras teorias, que se ocupam de tentar solucionar o problema da legitimidade do controle de constitucionalidade através de critérios interpretativos a serem usados pelos juízes em questões constitucionais, elas miram um processo institucional interativo, sugerindo que ele viabilizaria um maior envolvimento das instituições (juízes e atores políticos) na hora de interpretar o sentido de normas constitucionais¹³. Em seu artigo, *“The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”*, Bateup faz referência aos principais tipos de teorias dialógicas, desenvolvidas por autores como Louis Fisher, Alexander Bickel¹⁴, Cass Sunstein¹⁵ e outros, expondo que estes podem se dar de diferentes formas.

¹¹ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process* 1988, p.278-279.

¹² BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1109

¹³ BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1118.

¹⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

4.1. Teorias do aconselhamento

Sendo o primeiro método de Diálogos Institucionais apresentados por Bateup, na classificação das “Teorias do Método Judicial”, a Teoria do Aconselhamento sugere que os juízes se utilizem de uma gama de interpretações proativas e técnicas de decisão a fim de recomendar determinadas ações para as instituições políticas e aconselhá-las de maneira a evitar problemas constitucionais. Assim, todas as formas de aconselhamento presumem que os juízes deverão orientar os demais poderes por meio de pareceres não vinculantes.

A Teoria do Aconselhamento pode ser utilizada em dois momentos distintos. O primeiro é quando o juiz invalida a legislação e aponta caminhos possíveis para corrigir o incidente inconstitucional (denominado de *constitutional roadmaps*). E o segundo é quando o Judiciário é encorajado a indicar a fragilidade e ambiguidade da solução existente sem, contudo, pronunciar a inconstitucionalidade da norma. Assim, ao indicar as falhas constitucionais dos ditames legais, o Judiciário estimularia as demais instituições a corrigi-las.

Um aspecto central dessa teoria é que as instituições políticas podem aprender maneiras de abordar problemas constitucionais e são encorajadas a elaborar respostas apropriadas. Os juízes, assim, atuam como servos fiéis do constitucionalismo e, ao mesmo tempo, agem como parceiros do Poder Legislativo.

Os problemas apresentados por Bateup para a teoria são dois: o primeiro é que ela assume que os juízes ou têm uma capacidade especial ou são mais confiáveis no que concerne à resolução de questões de cunho constitucional; e o segundo é que ela revela uma espécie de desconfiança na habilidade das instituições políticas, especialmente do Legislativo, de alcançar respostas aceitáveis sem a intervenção judicial. Isso porque os seus defensores acreditam que o Legislativo não está apto a realizar a tarefa de tomar decisões plausíveis acerca de valores constitucionais, devido a fatores de interesse próprio que frequentemente os compelem a

priorizar questões de preferências majoritárias. Em suma, para a autora, as teorias do aconselhamento judicial simplesmente encorajam as instituições políticas a fazerem o que o Judiciário determina.

4.2. Teorias centradas no processo

Nas Teorias Centradas no Processo, os juízes são encorajados a determinar quando os atores políticos prestaram atenção o suficiente ou deliberaram adequadamente nos julgamentos políticos que afetaram seriamente valores constitucionais. Se for determinado que eles não prestaram, então o Judiciário pode forçar as instituições políticas a reconsiderar suas decisões com o nível apropriado de atenção a esses valores. Ou seja, as regras centradas no processo somente procuram se certificar de que os atores políticos que promulgam as leis e deliberam acerca de políticas públicas levam em conta premissas constitucionais.

Outro processo trazido por essa teoria é o “segundo olhar”, utilizado quando o Legislativo atua com negligência; pressa; quando falta com respeito aos Direitos Fundamentais ou quando aborda de forma superficial em suas decisões. Assim, ao admitir uma resposta do Legislativo à pronuncia de inconstitucionalidade e ao permitir que os juízes poderiam, em um segundo momento, apreciar a nova solução cunhada pelo Parlamento para aquela decisão, alguns teóricos defendem que as teorias centradas no processo facilitariam o diálogo entre as instituições.

Bateup acentua que essa teoria continua a propor um papel ativo para o Judiciário nos diálogos institucionais, uma vez que privilegia a atuação dos juízes e faz com que o Poder Legislativo atue de forma meramente corretiva, o que não ajuda na desenvoltura de um diálogo entre as instituições.

4.3. Teorias do minimalismo judicial

Em contraste com as teorias analisadas acima, que focam em como os juízes podem encorajar os diálogos com as instituições políticas, o minimalismo judicial consiste na autocontenção do Judiciário a fim de propiciar espaço para considerações e escolhas democráticas. A teoria é defendida por estudiosos como Alexander Bickel¹⁶, que defende as “virtudes passivas” e Cass Sunstein¹⁷ (principal proponente contemporâneo do minimalismo judicial).

As virtudes passivas são técnicas judiciais de “não fazer”. Elas permitem que os juízes reduzam seu envolvimento em questões controversas a fim de que se protejam das repercussões políticas (*backlash*) que aquela decisão pode causar. Ao mesmo tempo, incentivam os diálogos institucionais, uma vez que dão às instituições políticas do governo, juntamente com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais polêmicas através de canais democráticos.

O minimalismo sustentado por Sunstein, por sua vez, prega que, no que concerne à decisão de casos, os juízes deveriam adotar a estratégia de dizer somente o necessário e deixar o máximo possível “não decidido”¹⁸.

Ao criticar a teoria, a autora afirma que o minimalismo judicial vai longe demais em minimizar a legitimidade e a competência do judiciário para participar de decisões sobre o significado constitucional¹⁹.

¹⁶BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p.45.

¹⁷SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p.89.

¹⁸SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p.90.

¹⁹BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1148.

4.4. Teorias de construção coordenada

Outra teoria trazida pela autora é a da construção coordenada dos diálogos. Sendo a mais antiga concepção de interpretação constitucional de forma interativa entre os poderes, foi primeiramente sustentada por James Madison e, depois, por Thomas Jefferson, que defendia que cada poder teria uma responsabilidade fundamental na interpretação da Constituição. Refuta o autoritarismo constitucional; a premissa de que os tribunais são instituições mais competentes para discutir os princípios gerais da ordem política; e, conseqüentemente, a ideia de que a interpretação constitucional é tarefa única e exclusiva dos juizes, sustentando que a definição do sentido constitucional deve ser uma tarefa compartilhada entre poderes²⁰.

Receberam críticas de estudiosos que apontaram, como falha da teoria, o fato de que nela não existiria um poder apto a dar uma interpretação final à Constituição e, também, que essa independência dos poderes em relação a suas próprias funções era inconsistente com o sistema de freios e contrapesos.

Recentemente, a teoria foi adaptada e defendida por Neal Devins e Louis Fisher²¹, que propuseram que o Judiciário e os outros poderes interagissem de forma dialógica a fim de moldar o significado da Constituição. Assim, a teoria não levaria a uma anarquia interpretativa, pois cada um dos poderes seria “controlado” pelo outro, a fim de evitar excessos²².

Ao tratar dos Diálogos Institucionais, Fisher²³ dispõe que as cortes encontram-se engajadas num colóquio contínuo com as demais instituições políticas e com a sociedade como um todo, num processo

²⁰ BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1150.

²¹ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *The democratic constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 23.

²² BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1150.

²³ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process* 1988, p.278-279.

através do qual o princípio constitucional é desenvolvido através da conversação e não aperfeiçoado unilateralmente. Assim, é processo de dar e receber e de mútuo respeito que permite que uma corte não eleita funcione dentro de uma sociedade democrática. Um diálogo aberto entre o Congresso e a Corte, na visão do autor, seria o caminho mais frutuoso para a interpretação constitucional.

Bateup, entretanto, critica a teoria, pois afirma que esta atribui um viés competitivo para os diálogos, uma vez que o Poder mais apto a se pronunciar sobre aquela determinada questão acabaria impondo seu posicionamento aos demais. Dessa forma, questiona se um sistema competitivo, no qual as partes se preocupassem somente em defender seus pontos de vista, seria realmente a melhor forma de atingir respostas largamente aceitas e duradouras.

4.5. Teorias dos princípios jurídicos

Ao contrário da teoria da constituição coordenada, que não propõe um papel especial para o Judiciário nos diálogos institucionais, as teorias dos princípios jurídicos defendem que os juízes têm uma função única nos diálogos institucionais, uma vez que possuem uma maior competência para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos.

Existem dois desdobramentos desta teoria. O primeiro, sustentado por Bickel, refere-se aos princípios e controles políticos sobre a corte²⁴. O autor expõe que o Judiciário tem uma espécie de habilidade especial de preservar, proteger e defender princípios jurídicos devido ao fato de estar isolado politicamente e, também, dele poder se utilizar do “maravilhoso mistério do tempo” a fim de amadurecer um “segundo olhar” sobre a questão colocada em pauta. Apesar de considerar que os juízes estão numa posição mais favorável que a dos atores políticos, Bickel²⁵ acredita que a

²⁴BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p.22.

²⁵BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p.23.

repercussão social de uma determinada decisão, pode levar à derrota de decisões judiciais com as quais a sociedade discorde. E é nesse ponto que entra a fiscalização política. Ou seja: havendo a possibilidade de erro por parte do Judiciário, o papel de fiscalizar o desempenho deste é atribuído aos poderes políticos²⁶.

O segundo desdobramento, por sua vez, refere-se ao “princípio e articulação legislativa da política”, e dispõe que os poderes políticos têm contribuições únicas para os diálogos, devido a sua competência em relação a objetivos políticos. Assim, o diálogo surgiria quando o Legislativo articulasse uma questão decidida pelo Judiciário ampliando-a aos objetivos políticos.

O problema da referida teoria reside no fato de que, assim como outras, ela atribui ao Judiciário uma posição de privilégio no que concerne à interpretação de princípios constitucionais.

4.6 Teorias da parceria

A teoria da parceria centra-se no reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma maneira a não privilegiar o papel do Poder Judiciário. Reconhece que cada ramo do governo pode aprender com os insumos específicos dos outros ramos de uma ordem constitucional diversificada. Assim, o Judiciário e os atores não-judiciais são concebidos como participantes iguais em termos de decisão que, dialogicamente, podem contribuir para com a busca de melhores respostas como resultado de suas exclusivas perspectivas institucionais.

Janet Hiebert²⁷, uma das autoras que defendem o referido princípio, dispõe que tanto as cortes quanto o parlamento têm o dever de fazer julgamentos sobre os valores constitucionais e de avaliar a razoabilidade

²⁶ BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1150.

²⁷ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is parliament's role?*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002, p. 123.

de suas próprias ações à luz desses valores. Apesar de dividirem essa tarefa, cada instituição tem uma relação diferente com o conflito constitucional, e isso porque cada uma delas traz perspectivas distintas e valiosas para o julgamento constitucional. Como resultado dessas distintas perspectivas e de suas posições separadas, mas interconectadas na ordem constitucional, o Judiciário e o Legislativo são capazes de se engajar em um diálogo sobre o significado constitucional no qual ambos devem exercer modéstia sobre suas próprias conclusões e ouvir e aprender outras perspectivas, modificando, se necessário, sua própria visão acerca do tema.

O princípio da Parceria não atribui um papel especial ao Judiciário e nem admite sua superioridade, deixando espaço suficiente para os poderes políticos trazerem resoluções democráticas para problemas constitucionais.

Bateup afirma que a concepção de parceria do diálogo constitucional vale a pena porque fornece um dos relatos mais satisfatórios do papel judicial dialógico encontrado até o momento. Entretanto, aponta que o ponto negativo da teoria reside em direcionar seu foco para formas de Diálogos entre os poderes, deixando de lado as relações de conversa com a sociedade como um todo.

4.7 Teorias do equilíbrio

Por fim, as teorias do equilíbrio, segundo Bateup, apresentam um caminho alternativo ao entendimento de que o Judiciário possui um papel único nos diálogos constitucionais. Assim, a Teoria não reconhece nos juízes qualquer capacidade especial para lidar com questões constitucionais mas, tão somente, dispõe que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) facilita o processo de diálogos institucionais.

O Judiciário, assim, é apenas um dos legitimados a discutir o sentido da Constituição, de maneira que permite-se à sociedade, como um todo,

fazer parte dessa discussão, a fim de que seja alcançado um equilíbrio assente sobre o significado constitucional.

Assim, se os pronunciamentos dados pelas cortes constitucionais estiverem muito longe daquilo que anseiam as instituições políticas e a sociedade, a repercussão negativa daquela decisão vai fazer com que o Judiciário volte atrás. Para essa Teoria, a opinião pública tem um impacto significativo nas decisões judiciais, de forma que estas, geralmente, estão alinhadas com aquelas.

Um de seus defensores, Barry Friedman, dispõe que a participação do tribunal nos diálogos é dinâmica- não só desencadeia um processo de discussão nacional, como também é afetada e moldada por essa conversa. Assim, quando uma decisão é proferida, está sujeita à discussão e debate dentro da sociedade. Ao longo do tempo, se houver discordância popular suficiente com a decisão do tribunal, a nova legislação poderá ser aprovada. Como resultado desta discordância e debate, o tribunal pode vir a reconsiderar e remodelar sua decisão. Sob este modelo, as perspectivas dos atores não-judiciais podem, portanto, influenciar o tribunal tanto, se não mais, do que o próprio tribunal influencia o resto da sociedade. Seria quase como que “testar” as decisões judiciais e ver como o povo responde²⁸.

Como cada instituição tende a promover sua própria “visão” do interesse público, um sistema eficiente seria aquele em que cada poder barganhasse estrategicamente com os outros sobre seus diferentes pontos de vista acerca da constituição. O foco seria menos em como os diferentes atores institucionais se envolvem em uma discussão para promover seus próprios pontos de vista sobre o significado constitucional, e mais sobre como os atores judiciais e não-judiciais aprendem a debater, adaptar ou modificar seus pontos de vista devido à sua participação em um diálogo constitucional²⁹.

²⁸ BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1150.

²⁹ BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1150.

O papel de canalizar e fomentar a discussão social reconhece que o tribunal não é simplesmente uma voz adicional no diálogo constitucional, mas se engaja ativamente em uma troca que leva a um equilíbrio estabelecido sobre o significado constitucional. Isso é normativamente desejável porque a moderação judicial e a facilitação das contribuições de diferentes participantes dialógicos auxiliam na busca de respostas mais amplamente aceitas e duradouras para questões constitucionais.

Bateup dispõe, por fim, que embora a teoria não resolva a dificuldade contramajoritária, ela é a mais adequada num diálogo substantivo entre as instituições³⁰.

Conclusão

Países que não possuem mecanismos como a *override* em suas constituições, têm outros mecanismos que permitem a reversão de decisões judiciais. Em nenhuma democracia constitucional as questões relativas a direitos são encerradas com uma “última palavra” do Judiciário. O meio mais comum é através de emenda constitucional, apesar deste consistir num procedimento extraordinário e mais difícil.

No Brasil, além da emenda constitucional, em seu artigo 102, inciso segundo, a Constituição de 1988 dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, só terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, não alcançando o Poder Legislativo e, conseqüentemente, dando ao Parlamento a prerrogativa de reagir às decisões judiciais (de forma que se assim não o fizer, é por sua própria escolha política). Além disso, pode-se dizer que dispositivos como as audiências públicas o *amicus curiae* abrem mais uma possibilidade do Supremo dialogar.

³⁰BATEUP, Christine, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, p. 1109-1179, 2006, p.1153.

A ideia de diálogos institucionais permite, desse modo, que o controle de constitucionalidade transborde o âmbito judicial e tenha continuidade em outras instituições, de forma que o destino constitucional não fique, única e exclusivamente, nas mãos de uma única instituição, além de possibilitarem uma convivência harmoniosa do constitucionalismo com a democracia e um maior equilíbrio institucional. Louis Fisher sustenta que a ideia de superioridade das cortes é um legado que estas não podem carregar, pois tal responsabilidade ocasionaria, eventualmente, uma decepção; uma frustração proveniente da demasiada criação de expectativas em um só poder.

Referências

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, p. 1109-1179, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

DAHL, A.Robert. Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v.6, 276,1957.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The democratic constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). **Osgood Hall Law Journal**, v.35, n.1. p.78-80, 1997.

JOHANSEN David, ROSEN, Phillip. **The Notwithstanding Clause of the Charter**. Ottawa: Parliamentary Research Branch, Setembro, 1989. Ebook.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional dialogue: An overview. **Utrecht Law Review**, v. 9, p. 123-140, 2013.

ROACH, Kent. Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience. **Texas International Law Journal**: Vol. 40, Iss. 3, Spring, p. 537-576, 2005.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

Abaixo às cotas de 100% para brancos: cotas raciais nas universidades e a tutela da igualdade

*Iricherlly Dayane Da Costa Barbosa*¹

*Mariana Eva Souza Dias*²

Introdução

Quando se fala em Medidas de Ação Afirmativa de imediato é levantada a discussão a respeito de uma suposta violação ao princípio da igualdade, apontando tais medidas como uma forma de priorizar grupos em detrimento de indivíduos e seus esforços objetivos-individuais.

Para os opositores de tais medida as identidades de grupos acabam por impossibilitar o completo tratamento das pessoas enquanto indivíduos. É dito que os indivíduos não devem ser avaliados por características atribuídas a eles por comporem determinados grupos, mas sim, que devem ser avaliados por serem quem são. E, seguindo essa linha de raciocínio, a igualdade só poderia ser alcançada quando os indivíduos fossem tratados como tal, apartados, dessa forma, das identidades de grupo.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e integrante do Grupo Asa Branca de Criminologia. Bolsista CAPES/PROSUC. Advogada. Email: iricherlly@gmail.com

² Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Email: mariana_eva24@hotmail.com

Como aponta Joan Scott³, esse tipo de posicionamento é frequentemente legitimado por aqueles que interpretam a Constituição de forma rígida, vendo a igualdade meramente como a presunção de igualdade de indivíduos perante a lei.

Por outro lado, para aqueles que defendem essas medidas, só existirá um tratamento justo dos indivíduos quando houver o tratamento justo dos grupos com os quais eles são identificados. Enquanto o preconceito e a discriminação permanecerem os indivíduos não serão todos avaliados de acordo com os mesmos critérios e, nessa perspectiva, a eliminação da discriminação perpassaria pela atenção ao status econômico, político e social dos grupos.⁴

Dentro desse quadro se evidencia que estamos tratando de uma discussão entre aqueles que pregam uma igualdade formal como o necessário e suficiente para que seja alcançada a justiça social e aqueles que percebem que a igualdade formal é insuficiente para que tal justiça seja alcançada, fazendo-se necessário a implementação de medidas que viabilizem uma igualdade material, e é dentro dessa lógica que se insere as Ações Afirmativas.

Tendo em vista a amplitude da temática e as particularidades que envolve as diferentes ações afirmativas apresentadas no cenário nacional, o presente trabalho abordará mais especificamente as ações afirmativas a partir de uma abordagem racial da questão, trabalhando mais especificamente a questão das Cotas Raciais nas universidades, observando as construções políticas e sociais que são base justificadora pra o implemento de tais medidas, bem como expondo como se deu tal implementação no cenário nacional.

Contudo, antes de se debruçar sobre a questão específica das cotas raciais mostra-se necessário abordar a dualidade aqui apresentada inicialmente a respeito da relação “Grupo x Indivíduo”, para que se possa perceber que, em verdade essas figuras não se apresentam

³ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

⁴ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

necessariamente de forma excludente. Dessa forma, o trabalho se estruturará a partir da discursão sobre “Grupos x Indivíduos” e suas implicações no que diz respeito à garantia de igualdade, passando posteriormente para a abordagem do cenário social justificador das medidas afirmativas que perpassam a questão racial e por fim apresentando a forma como foram implementadas as cotas raciais nas universidades do Brasil.

1. Uma tensão necessária: a paradoxal relação entre grupos e indivíduos e a busca por uma igualdade material

Como inicialmente foi apontado, o tema das ações afirmativas traz consigo, quase que necessariamente, uma discussão sobre uma suposta preferência dada aos grupos contemplados por tais medidas, frente aos demais indivíduos. Contudo, é fundamental trazer logo de início a ideia de que quando se vê essa questão de forma tão simplista, imediata e excludente acaba por se perder a complexidade de raciocínio e percepções que a temática comporta.

Essa questão não se trata de uma escolha (grupos ou indivíduos), mas um diálogo entre as complexidades que a questão envolve e uma análise política e localizada no contexto histórico específico no qual está inserido. É importante que não se busque soluções simples, para problemas complexos. Há de se entender que questões sociais carregam consigo uma grande complexidade e não tem como resolvê-las, ou pelo menos tentar, sem que haja um diálogo e/ou a convivência entre tensões sociais que coexistem e não tem como serem simplesmente excluídas.

De fato, existe uma tensão entre a relação indivíduo-grupo/igualdade-diferença, mas ela não tem como ser simplesmente resolvida e abolida, é uma tensão que coexiste e que reflete a complexidade que é própria da vida em sociedade. E aqui a gente pode falar no sentido de que em todos momentos em que reduções de complexidades foram desenvolvidas e postas em prática, pluralidades foram sendo sufocadas e

colocadas à margem da sociedade. Ou seja, esse processo de redução de complexidades e afastamento de pluralidades é um processo também de dominação e poder.

As diferenças sempre foram objeto de grandes debates políticos, debates esses amparados pela promessa universal da igualdade e por modelos historicamente específicos que em diferentes períodos levam em conta diferentes diferenças. Contudo, nesse processo de construção e valoração de diferenças se constitui e evidencia o momento em que indivíduos para os quais até então as identidades de grupo representavam apenas uma de suas facetas pessoais se percebem quase que totalmente determinados por um dado elemento de sua identidade (seja sua identidade racial, de gênero, classe, religião, dentre outras). É um processo de definições sociais que se transformam através de um processo de diferenciação política ou econômica de determinados grupos. E nesse ponto de reflexão se pode observar o que nos aponta Scott⁵: “a igualdade pertence a indivíduos e a exclusão a grupos”

A partir do momento em que tais exclusões passam a ser legitimadas por diferenças de grupo criando-se uma hierarquização (política, econômica, social ou de qualquer outra natureza) e um consequente favorecimento de certos grupos em detrimento de outros passa-se a ser ainda mais evidente a tensão entre grupos e indivíduos.

Por mais que a identidade de grupo seja apenas uma das facetas de cada indivíduo, não conseguindo assim abarcar todas suas particularidades, dentro desse processo de luta por direitos materiais o uso de tal identidade é condição fundamental para que se alcance as devidas garantias sociais. Uma vez que é a identidade com determinado grupo o fator determinante para a exclusão, tal identidade se torna necessária também no movimento inverso, qual seja, o movimento de reivindicação da inclusão.

⁵ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

Como nos traz Boaventura⁶:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Quando se busca uma conquista de direitos para um grupo, está se buscando algo de forma geral e abrangente e nesse processo os indivíduos abrem mão de particularidades individuais, na busca de um bem maior e coletivo, mas de uma forma que não os viola em sua essência. São complexidades que envolvem as relações sociais e elas se “resolvem” a partir de flexibilizações, negociações, coisas que abrem espaço para uma pluralidade e não uma resolução simplista e individual.

Dessa forma, é importante que se tenha em mente que em um contexto de garantias materiais para grupos socialmente excluídos as particularidades de cada indivíduo do grupo não se sobrepõem à necessidade coletiva, tampouco podem ser utilizadas como forma de deslegitimar o movimento.

Motivados pela ideia de que todos os indivíduos poderiam ser tratados igualmente, aqueles que se encontraram excluídos do acesso a algo que eles e suas sociedades consideravam um direito (educação, trabalho, salários de subsistência, propriedade, cidadania) passaram a reivindicar a inclusão efetiva dentro dessas garantias sociais, lançando assim um desafio aos modelos que garantiam a igualdade para uns e a negavam para outros.⁷

Dessa forma, a igualdade formal já se mostra insuficiente. Nas palavras de Marta Postigo⁸: “a igualdade formal provou ser um princípio

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

⁷ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

⁸ POSTIGO ASENJO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. *Clepsydra: revista de estudios de género y teoría feminista*, n.4, 2005, p. 33-46.

insuficiente para responder às demandas sociais em favor do pluralismo e da coesão social.”⁹ E ela segue dizendo que:

Não se trata mais apenas de incorporar novos direitos (sociais e políticos) aos cidadãos, nem de proclamar a igualdade formal entendida como não-discriminação, mas de modificar práticas sociais, os hábitos e as políticas institucionais para favorecer a participação e a presença real dos diferentes grupos nas instituições públicas e nas oportunidades oferecidas pela sociedade.¹⁰

É nesse cenário de reivindicações de materialização dos direitos que as Ações Afirmativas se inserem. Nas palavras de Flávia Piovesan¹¹ as Ações Afirmativas são “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.” Dessa forma, tais medidas se apresentam com uma forma de materializar aquela igualdade legalmente garantida.

Por sua vez, há de se observar que nesse processo de hierarquização e inferiorização de determinados grupos em detrimento de outros as disputas políticas travadas por grupos minorizados¹² em busca de políticas afirmativas, ao contrário do que é dito, não estão sendo uma forma de favorecimento desses indivíduos enquanto grupo.

⁹ No original: “La igualdad formal ha demostrado ser un principio insuficiente para responder a demandas sociales a favor del pluralismo y de la cohesión social.” (Tradução da autora)

¹⁰ No original: “Ya no se trata, únicamente, de incorporar nuevos derechos (sociales y políticos) a la ciudadanía, ni de proclamar la igualdad formal entendida como no-discriminación, sino de modificar las prácticas sociales, los hábitos y las políticas institucionales para favorecer la participación y la presencia real de los diferentes colectivos en las instituciones públicas y en las oportunidades que brinda la sociedad. POSTIGO ASENJO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. *Clepsydra: revista de estudios de género y teoría feminista*, n.4, 2005, p. 36. (Tradução da autora).

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas* / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação : UNESCO, 2005, p. 40.

¹² Aqui se usa o termo “minorizados” por entender-se que as ditas “minorias” não o são na prática e a condição minoritária diz respeito a uma inferioridade/ausência de poder, condição essa que não é inerente aos grupos, mas sim, advindas de uma construção e opressão social.

Na realidade, o que acontece é que a partir do momento que há uma exclusão/inferiorização de determinado grupo em um cenário no qual legalmente a igualdade entre indivíduos é garantida os grupos excluídos passaram a reivindicar essa igualdade prometida. Contudo, o que se deixa de observar é que enquanto alguns grupos estão sendo excluídos, outros estão sendo favorecidos.

Retomando à frase de Scott¹³ que diz que “a igualdade pertence a indivíduos e a exclusão a grupos” o que precisa ser percebido é que na nossa estrutura social aqueles que desfrutaram da igualdade postulada pelo Estado não a desfrutaram por seu mérito individual como é colocado, essa igualdade atribuída ao indivíduo, em verdade está perpassando também por seu pertencimento a um determinado grupo, contudo, esse pertencimento não é demarcado.

O que acontece é que dentro da construção liberal de Estado na qual estamos inseridos foi construída a figura ideal do indivíduo, aquele indivíduo abstrato ao qual a igualdade é garantida, contudo, na prática esse indivíduo não é abstrato, ele pertence a grupos sociais que foram privilegiados ao longo da história, mas que se colocaram enquanto padrão universal de normalidade.

É esse o ponto central da questão das ações afirmativas. A partir do momento em que os grupos favorecidos historicamente não são demarcados, deixando as demarcações apenas para os grupos subalternizados é passada a impressão de que o que se busca é o favorecimento de determinados grupos frente aos demais indivíduos, deixando encoberto o fato de que o que se busca é uma reparação dos privilégios recebidos historicamente pelos grupos dominantes¹⁴.

¹³ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

¹⁴ Em verdade, são grupos dominadores, que através da força impuseram uma estrutura de dominação.

2. Indivíduos abstratos e privilégios concretos: ações afirmativas como forma de diminuir um histórico de privilégio branco

A Constituição brasileira, inserida na lógica constitucional que perpassou as Constituições do período de redemocratização da América Latina carregou consigo a inspiração liberal das propostas totalizantes e uniformizadoras importadas de uma modernidade que se estabeleceu no plano da racionalidade e do individualismo.¹⁵ Essas novas democracias incorporaram “a igualdade como princípio básico em suas constituições e suas declarações de direitos (aquelas que as possuem). Este princípio fundamental era basicamente liberal, individual e neutro em termos de diferenças.”¹⁶

A ideia de indivíduo abstrato trazida pela inspiração liberal, foi feita para garantir a igualdade completa perante a lei. Contudo, na sociedade essa igualdade entre os indivíduos nunca foi alcançada (nem verdadeiramente almejada). Essa desigualdade repousou em diferenças presumidas entre eles e justificadas dentro da lógica de racionalidade trazida com o paradigma moderno. Tais diferenças não foram singularmente individualizadas, mas sim tomadas como sendo categóricas e foi como resultado dessas distinções categóricas que a identidade de grupo se consolidou.¹⁷

O “indivíduo” detentor de todas as garantias sociais legalmente prevista foi representado tipicamente pelo homem branco¹⁸ e dessa forma,

¹⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 3., n. 1, p. 52-70, jan./abr. 2016.

¹⁶ No original: “los países democráticos liberales incorporan progresivamente en sus constituciones y sus declaraciones de derechos (los que las tienen) la igualdad como principio básico. Dicho principio fundamental fue, básicamente, de carácter liberal, individual y neutral en lo que afecta a las diferencias.” POSTIGO ASENJO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. Clepsydra: revista de estudios de género y teoría feminista, n.4, 2005, p. 35. (Tradução da autora).

¹⁷ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

¹⁸ É importante que se diga pontue que essa representação não se deu por acaso, tampouco por um processo natural. Ela se deu através de um processo de violenta dominação física e teórica da população branca sobre as demais.

para qualificar-se como indivíduo os demais teriam que apresentar alguma semelhança com essa figura singular.

Com essa abstração trazida pelo conceito de indivíduo mascarou-se as particularidades da sua figuração e conseqüentemente passou-se apenas a demarcar aqueles indivíduos normativos considerados diferentes. Dessa forma “a diferença tem sido representada como um traço fundamental ou natural de um grupo enquanto a norma padronizada (o indivíduo homem branco) não é considerada como possuidora de traços coletivos”¹⁹. Nesse processo, as questões raciais passaram a ser tratadas como questões “de negros”, sem que a branquitude fosse colocada enquanto uma identidade de grupo e um fator condicionante para que fosse alcançada a garantia constitucional de igualdade. Desse modo, há de se evidenciar que a branquitude é mais que uma questão de grupo identitário, é um meio de privilégio social e que precisa ser demarcado como tal.

É na observância dessas construções que as ações afirmativas remetem ao fato de que as práticas sociais impediram algumas pessoas de serem incluídas na categoria universal de “indivíduo” e, levando em conta essa realidade, buscam remover os obstáculos para a consolidação de seus direitos individuais.

Em um contexto, onde os lugares de poder são hegemonicamente brancos, e a reprodução institucional desses privilégios é quase que automática, as mudanças exigem uma explicitação por parte dos excluídos, como aparece na reivindicação de cotas para negros²⁰. Daí surgem embates em defesa dos privilégios e com argumentos de que está acontecendo um “racismo reverso”.

Contudo, mostram-se completamente descabidas as reivindicações que começaram a eclodir na década de 90, de que os homens brancos estavam sendo vítima de discriminação a partir do momento em que

¹⁹ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

²⁰ BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude e Poder: a questão das cotas para negros. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas / Sales Augusto dos Santos (Organizador). - Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 166.

políticas de cota passaram a ser implementadas com vistas a buscar uma maior integração da população negra na educação e no trabalho.

Sobre essas reivindicações Joan Scott é categórica ao dizer que

Essa reivindicação somente poderia ser feita por meio da desconsideração das relações de poder que a ação afirmativa buscava modificar e é importante notar que a ação afirmativa havia construído em seu bojo uma análise de poder. Ela tratava o poder de discriminar como uma questão estrutural; não como uma motivação individual consciente, mas como um efeito inconsciente dessas estruturas. Ela analisou o poder como resultado de uma longa história de discriminação que produziu instituições e atores que tomaram a desigualdade como algo dado. A ação afirmativa usou a força do governo federal para retificar desigualdades sociais e para garantir o acesso de indivíduos (a empregos e à educação) que previamente haviam sido rejeitados com base no gênero, bem como na raça. Enquanto buscava promover oportunidades para indivíduos, a ação afirmativa também tinha como premissa uma visão de justiça social. Essa visão preferia a inclusão à discriminação, mesmo se isso significasse a perda de privilégios tradicionais para alguns indivíduos. Ela endossou a igualdade de oportunidades e algumas de suas implicações niveladoras: comunidades mais homogêneas e menos hierarquicamente organizadas em termos de gênero e de raça.²¹

As cotas de 100% nos lugares de poder em nossa sociedade não são explicitadas, mas elas existem e foram construídas silenciosamente, ao longo de séculos de opressão contra negros e indígenas²². As barreiras interpostas aos processos de mudança na distribuição de negros e brancos no espaço institucional são barreiras fortes, profundas e que não cedem com facilidade, mas elas precisam ser derrubadas.

A derrubada dessas barreiras é medida fundamental para a implementação do direito à igualdade, fazendo-se, assim, emergencial a adoção de ações afirmativas, que promovam medidas compensatórias

²¹ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005, p. 25-26.

²² BENTO, Maria Aparecida Silva. *Branquitude e Poder: a questão das cotas para negros. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas / Sales Augusto dos Santos (Organizador)*. - Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 165.

voltadas à concretização da igualdade racial e é nesse cenário que as cotas raciais nas universidades se enquadram.

3. Abaixo às cotas de 100% para brancos: cotas raciais nas universidades

As ações afirmativas cumprem no cenário nacional a finalidade pública de assegurar na prática a diversidade e a pluralidade social dentro de um projeto democrático de Estado, sendo dessa forma uma política compensatória adotada para remediar as condições impostas por um passado de discriminação (se é que podemos colocar enquanto passado). Elas constituem, desse modo, medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade garantido formalmente pelo nosso Estado.

Uma vez que ao falar desse processo de materialização de direitos estamos falando também em passar a ocupar espaços de poder, é importante que se tenha em mente que a universidade é um desses espaços, já que o diploma é uma porta para ascensão social. E uma vez que é fundamental democratizar o poder é de suma importância a democratização do acesso ao poder através da viabilização do ingresso universitário.²³

Não por acaso, o movimento negro é marcado por uma trajetória de luta pelo direito da população negra a ter acesso à educação. A partir da década de 1990, essa luta se intensifica desencadeando políticas de ações afirmativas e a elaboração e implementação de políticas específicas em benefício da população negra, sobretudo as políticas de cotas raciais.²⁴

Durante a III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, África do Sul, de 31 de agosto a 7 de setembro de

²³ PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas* / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 42.

²⁴ ASSUNÇÃO, A. V. P.; SANTOS, C. DE A.; NOGUEIRA, D. X. P. Política de cotas raciais na UnB: um estudo sobre o acesso de negros na universidade durante o período 2004 a 2012. *Revista HISTEDBR On-line*, v. 18, n. 1, p. 212-233, 26 mar. 2018.

2001 o Brasil apresentou documento oficial defendendo a adoção de medidas afirmativas para a população afrodescendente, nas áreas da educação e trabalho. O documento propôs:

a adoção de medidas reparatórias às vítimas de racismo, da discriminação racial e de formas conexas de intolerância, por meio de políticas públicas específicas para a superação da desigualdade. Tais medidas reparatórias, fundamentadas nas regras de discriminação positiva prescrita na Constituição de 88, deverão contemplar medidas legislativas e administrativas destinadas a garantir a regulamentação dos direitos de igualdade racial previstos na Constituição de 1988, com especial ênfase nas áreas de educação, trabalho, titulação de terras e estabelecimentos de uma política agrícola e de desenvolvimento das comunidades remanescentes de quilombos.²⁵

Por sua vez, a Conferência de Durban, em suas recomendações endossou a importância de os Estados adotarem ações afirmativas, enquanto medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório, daqueles que foram vítimas²⁶.

Seguindo a linha defendida na Conferência foi criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, por meio da lei 10.558/2002, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.²⁷

Em 2003 a Universidade de Brasília apresenta uma medida pioneira elaborada por José Jorge de Carvalho e Rita Segato, qual seja, o *Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB*, que incluía o acesso e a permanência de negros e indígenas, via política de ação afirmativa e

²⁵MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Sociedade e Cultura [en línea] 2001, 4 (Julio-Diciembre). Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70311216002>> Acessado em 16 jul. 2019.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação : UNESCO, 2005, p. 41.

²⁷ BRASIL. Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10558.htm >. Acesso em: 30 abr. 2016.

programa de apoio ao ensino público do Distrito Federal, sendo aprovado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da UnB, visando atender à necessidade de gerar nessa Universidade uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a diversidade da sociedade brasileira como um todo.²⁸

E, como maior medida no âmbito das ações afirmativas dentro do acesso à educação, em 29 de agosto de 2012 é publicada e conhecida “Lei de Cotas” (Lei nº 12.711/2012), que veio estabelecer a reserva de vagas, em universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. As cotas corresponderiam a 50% do total de vagas da instituição para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e a aplicação dessa lei seria feita de forma gradual. Em 2013 a reserva seria de, pelo menos, 12,5% do número anteriormente ofertada e a implantação de tais cotas ocorreria de forma progressiva ao longo de quatro anos, até chegar à metade da oferta total do ensino público superior federal.²⁹

Em 2014 já puderam ser vistos reflexos da implantação dessa lei. Dados da Secretaria de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) mostraram que, com a adoção da lei 12.711/2012, neste ano 20% do total de vagas ofertadas pelas Universidades Federais (48.676) foram ocupadas por estudantes declarados pretos, pardos e indígenas, já 23% do total de vagas ofertadas pelos Institutos Federais (12.055) foram ocupadas por estudantes da mesma raça e etnia. E o que pôde ser visto foi o crescimento desse quadro nas instituições federais de ensino.

²⁸ ASSUNÇÃO, A. V. P.; SANTOS, C. DE A.; NOGUEIRA, D. X. P. Política de cotas raciais na UnB: um estudo sobre o acesso de negros na universidade durante o período 2004 a 2012. Revista HISTEDBR On-line, v. 18, n. 1, p. 212-233, 26 mar. 2018.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm >. Acesso em: 15 de julho de 2019.

Conclusão

A igualdade formal não é garantia suficientemente em um Estado Democrático de Direito. Para que haja um tratamento socialmente justo dos indivíduos é indispensável que haja a garantia de uma igualdade material e é observando essa necessidade que surgem as ações afirmativas.

Uma vez que estamos inseridos em uma sociedade marcada por desigualdades sociais e que teve em sua formação histórica um favorecimento da figura tida enquanto padrão universal de indivíduo, qual seja, o homem-branco-rico, o colocando nos espaços de poder ao passo que relegou à marginalidade social aqueles que não compunham esse padrão, não há de se falar que as ações afirmativas provocam uma discriminação reversa.

As ações afirmativas assumem a finalidade pública de ser uma política compensatória adotada pelo Estado para remediar as condições impostas por um passado de discriminação, sendo dessa forma, medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade.

Referências

- ASSUNÇÃO, A. V. P.; SANTOS, C. DE A.; NOGUEIRA, D. X. P. Política de cotas raciais na UnB: um estudo sobre o acesso de negros na universidade durante o período 2004 a 2012. *Revista HISTEDBR On-line*, v. 18, n. 1, p. 212-233, 26 mar. 2018.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude e Poder: a questão das cotas para negros. *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas* / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.
- BRASIL. Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10558.htm >. Acesso em: 30 abr. 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras

providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm >. Acesso em: 15 de julho de 2019.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. *Sociedade e Cultura* [en línea] 2001, 4 (Julio-Diciembre). Disponível em <<http://www.redalyc.org/articul.oa?id=70311216002>> Acessado em 16 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas* / Sales Augusto dos Santos (Organizador). – Brasília: Ministério da Educação : UNESCO, 2005, p. 40.

POSTIGO ASENJO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. *Clepsydra: revista de estudios de género y teoría feminista*, n.4, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 13, n. 1, abr. 2005.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível? *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 3., n. 1, p. 52-70, jan./abr. 2016.

América Latina, pós-ditadura e direito à memória: uma análise à luz da justiça de transição

*Maria Júlia Poletine Advincula*¹

*Manoel Severino Moraes de Almeida*²

Introdução

Os regimes antidemocráticos ou de caráter ditatorial são conhecidos pelo vasto legado de violações de direitos humanos, a partir do qual o novo governo, de aparência democrática, buscará justiça frente às opressões do passado. Sendo assim, é preciso passar por um período de redemocratização e ajuste, visando readequar a situação política de um país após decisões de cunho tirânico, pautadas na vontade de uma maioria despótica. Período este que, tendo em vista o conjunto de medidas necessárias para reestabelecer um governo democrático, é convencionalmente chamado de *transitional justice* – termo difundido por Ruti Teitel no início da década de 90, “referindo-se aos processos de transformação política e jurídica nos contextos de transições para as ‘novas democracias’ na América Latina e na Europa do Leste”³. Logo, é possível afirmar que cada Nação, a partir de características socioculturais

¹ Advogada (OAB/PE) e pesquisadora.

² Advogado, mestre em Ciência Política e Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e Coordenador da Cátedra de Direitos Humanos Dom Hélder Câmara/UNICAP.

³ SANTOS, Cecília Macdowell. *Questões de justiça de transição: a mobilização dos direitos humanos e a memória da ditadura no Brasil*. In: Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão da Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

intrínsecas, teve ou terá um tipo específico de justiça de transição. Em relação a este trabalho, porém, refletir-se-á acerca do processo transicional na América Latina e suas particularidades, mas principalmente sobre o brasileiro, através de análise bibliográfica comparada com foco nas Comissões da Verdade latinas. De antemão, entende-se que o cenário latino não pode ser visto de forma igualitária, já que alguns países tiveram um processo de transição efetivo, enquanto outros, como o Brasil, ainda estão passando por uma redemocratização tardia e incompleta. No mais, focar-se-á no eixo específico do direito à memória e verdade, já que houve a adoção de uma “política do esquecimento” em nosso território nacional. É importante afirmar, desde já, acerca do desrespeito e omissão aos pilares que moldam a justiça transicional brasileira, tornando-a incompleta e aberta a possíveis ataques não-democráticos, o que será discutido nas próximas páginas.

1. O processo transicional na América Latina: entre particularidades e desafios

Conceitualmente, a justiça de transição pode ser definida como os princípios e práticas aplicadas à reconstrução institucional, política, ideológica, cultural, econômica e moral de um país, como meio de reparar as graves violações de direitos humanos e crimes de guerra cometidos naquele período. Nesse ínterim, é uma concepção de justiça associada a períodos de transição política, com respostas jurídicas que visam o enfrentamento de crimes cometidos por regimes repressores anteriores ⁴. Ainda para Teitel, a justiça de transição pode ser dividida em três etapas, compreendendo-se períodos históricos e políticos específicos, como forma de se evitar a ascensão de regimes autoritários. A primeira fase, identificada no Pós-Segunda Guerra Mundial, nasce com a fundação do Tribunal de Nuremberg; a segunda fase, já no período de acelerada

⁴ TEITEL, Ruti. *Genealogía de la Justicia Transicional*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidade de Chile, 2003.

democratização e fragmentação política, ocorre durante o último quarto do século XX, dentro da qual podemos incluir a transição argentina em 1983 e a desintegração da União Soviética em 1991; já a terceira e atual fase, começa durante a década de 1990, influenciada fortemente pela globalização. Nesse contexto, pode-se dizer que justiça transicional “não é uma forma especial de justiça, mas uma justiça de caráter restaurativo, na qual as sociedades transformam a si mesmas depois de um período de violação generalizada dos direitos humanos”⁵.

É importante frisar que a justiça de transição não apresenta tão somente um caráter voltado ao passado, como um tipo de *revanchismo* histórico. Ela busca, sobretudo, a satisfação de fatos, trazendo à tona a memória daqueles que sequer estão presentes. Ou seja, a garantia do estabelecimento das condições necessárias ao Estado Democrático de Direito para as gerações futuras, quanto à garantia da *não repetição*⁶. Nessa linha, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a Justiça de Transição:

[...] compreende a gama completa de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de se adaptar a um legado de abusos do passado em larga escala, a fim de garantir a prestação de contas, **servir a justiça e alcançar a reconciliação**. Estes podem incluir mecanismos judiciais e não judiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional ou nenhum e processos individuais, reparações, busca de verdade, reforma institucional, julgamentos e demissões, ou uma combinação destes.⁷

Por mais que se pense na justiça transicional como de cunho apenas retributivo, ela também preza pela reparação de danos, esclarecimento e

⁵ GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. *Memória Histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim*. In: Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; Gomes, David Francisco Lopes. *Justiça de Transição e o projeto constituinte do estado democrático de direito no Brasil*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 9, n. 10, p.213-232, jul./dez. 2011.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho de Segurança. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General*. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-e/ungao7/law.pdf> Acesso em: 02 abr. 2018.

restauração dos conflitos. Na verdade, esse conceito é ainda muito mais amplo – possui quatro elementos intrínsecos, quais seriam: “[...] o direito à memória e à verdade, o direito à reparação das vítimas, a responsabilização dos agentes perpetradores das violações aos direitos humanos e a readequação democrática das instituições que possibilitaram os abusos de poder”⁸.

De antemão, a esse respeito, pode-se dizer que a transição brasileira buscou o padrão do esquecimento. Principalmente a partir da aprovação da primeira Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), conduzida pelos próprios militares (ou “autoanistia”), quando passa a se processar no país uma lógica de que tudo o que ficou no passado deve ser esquecido, sob a argumentação de que todos os crimes daquele período estão automaticamente perdoados. Apesar desse não ter sido um posicionamento isolado na América Latina, o padrão de esquecimento do passado ainda permanece ligado às raízes políticas brasileiras, bastante atual e desafiador.

2.2. As veias abertas: direito à memória e verdade nos países latinos

Na América Latina, praticamente todos os países passaram por períodos de ditadura civil-militar. Alguns, porém, foram marcados por extrema violência e altos índices de assassinatos, desaparecimentos forçados, brutalidade das prisões e das torturas – a exemplo do Chile, durante o regime sangrento de Augusto Pinochet (1973-1990). A sucessão de regimes autoritários, ditatoriais e totalitários que avassalou o Continente, entre meados dos anos 60 e 80, ainda não foi totalmente finalizada. Essa continuidade existe, pois, em alguns países, como Brasil e Paraguai, a onda autoritarista começa a ganhar força novamente na segunda década no século XXI. Na verdade, os regimes ditatoriais que predominaram na América Latina não foram derrotados por um

⁸ BAGGIO, Roberta Caminero. *Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro*. Cadernos IHU Idéias (UNISINOS), v. 12, p. 01, 2014.

movimento constante – assim, as ideologias libertadoras do passado possuíram caráter transitório ou foram novamente criminalizadas nos anos seguintes após seu fim, necessitando-se de um ou vários firmamentos modernos. Ou seja, ainda estamos estabilizando nossa democracia.

Por isso, alguns países latinos, contemporaneamente, enfrentam uma onda de protestos e manifestações populares – vide Chile, Bolívia e Paraguai no final de 2019 –, já que o sentimento de repressão ainda subsiste no inconsciente coletivo. Essa polarização, principalmente entre as vertentes políticas da esquerda e da direita, só mostra como ainda não superamos o confronto ideológico de outrora; é uma Guerra Fria que ainda está quente e apenas se molda em outras roupagens, sobretudo pelo medo do “comunismo” que anteriormente (e ainda o é) se tornou um declarado inimigo do direito penal⁹.

Não apenas no Brasil, mas também no Chile e na Argentina, houve a aplicação de mecanismos típicos de ditaduras sagrentas, como os desaparecimentos forçados e assassinatos encobertos pelo Estado. Entretanto, dos três, o Brasil se mostrou o país mais lento a instaurar uma Comissão da Verdade – dentre eles, a Argentina foi a mais eficaz. Principalmente porque, no Brasil, “pelo perfil mais conservador dos integrantes do sistema de justiça em sentido amplo (juízes, promotores, advogados, professores universitários etc.), permitiu um muito mais elevado processo de cooperação entre autoritarismo e justiça”¹⁰.

Sobre esse aspecto, continua Torelly:

Se na Argentina as purgas do sistema de justiça foram regra, e no Chile (como na Argentina) os militares passaram a integrar a justiça, com julgamentos civis desviados para cortes militares, no Brasil tais expedientes foram inexistentes ou parcamente empreendidos, por desnecessários. Numa escala objetiva, Pereira detecta que a Argentina é o país da amostra onde ocorreu o menor

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁰ TORELLY, M. D.. *Decifrando padrões da legalidade autoritária*. (resenha de: PEREIRA, Anthony W. 'Ditadura e repressão ? o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina. São Paulo: Paz e terra, 2010). *Sistema Penal & Violência (Online)*, v. 04, p. 147-150, 2012.

índice de alinhamento, o Brasil como o caso exemplar de um processo de consenso, cooperação e integração, e o Chile um caso intermediário entre os dois modelos.¹¹

A cooperação entre militares, políticos e camadas estatais foi essencial para a manutenção da ditadura brasileira, além de um verdadeiro empecilho para o posterior processo transicional do país. Quando se fala em *reconhecimento*, os trabalhos mais difundidos são os de Axel Honneth e Nancy Fraser. Unindo os pensamentos de ambos, resumidamente, é possível dizer que no pós-ditadura brasileira, por exemplo, houve uma institucionalização de formas de recusa de reconhecimento, “impedindo as condições de igualdade dos atores que participavam do processo de interação social. O que ocorreu foi a instituição de padrões de recusa (amnésia) de reconhecimento”¹². No Brasil, atualmente como outrora, há uma verdadeira demonização das ideologias com caráter socialista – maniqueísmo perigoso, que expressa uma guerra ideológica parecida com aquela enfrentada em 1964. Esta, porém, talvez seja ainda mais perigosa, por conta da *aparência de democracia*.

2.1 Comissões da verdade e preservação da memória: aplicações e críticas

Com os instrumentos internacionais de fortalecimento e proteção aos direitos humanos, o direito à verdade e memória passou a ser localizado com eixo centralizador de medidas reparadoras às vítimas de perpetrções de violações de direitos humanos. Em 2005, países da América Latina integrantes da Comissão de Direitos Humanos da ONU foram responsáveis por elaborar o texto do projeto, que mais tarde seria aprovado como a Resolução n° 60/14, a qual afirmou internacionalmente

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*

o direito à verdade. A verificação dos fatos e a revelação pública da verdade são uma das medidas a serem tomadas pelos Estados para a reparação plena e efetiva do dano sofrido pelas vítimas¹³.

Assim, as vítimas são

[...] pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um dano físico ou mental, um sofrimento emocional, um prejuízo econômico ou um atentado importante aos seus direitos fundamentais, em resultado de atos ou omissões que constituam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos ou do direito internacional humanitário.

Para compreender tamanha importância do direito à verdade, a Assembleia Geral das nações Unidas em 2010, instituiu o dia 24 de março como o “Dia Internacional para o Direito à Verdade sobre as Graves Violações de Direitos Humanos e Dignidade das Vítimas”¹⁴.

De cunho individual e coletivo, o direito à verdade é centrado como uma prerrogativa das vítimas, sejam elas fatais ou sobreviventes, diretas e indiretas, desde que tenham sofrido graves violações de direitos humanos. Um dos mecanismos para uma efetiva concretização ao direito à verdade são as Comissões, sendo estes “órgãos oficiais, temporários e de constatação de fatos que não têm caráter judicial e se ocupam de investigar abusos de direitos humanos ou do direito humanitário que tenham sido cometidos durante vários anos”¹⁵.

A transição para a democracia, basicamente, tem os seguintes objetivos: prevenir a repetição dos abusos e reparar as vítimas. Como meio de efetivação, temos: a) justiça criminal; b) revelações da verdade; c) reconhecimento institucional da verdade; d) preservação da memória; e) reparação das vítimas e f) fortalecimento das instituições para prevenir

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário*. Resolução nº 60/147. NYC, 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/direitos-humanos?menu=direitos-humanos>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁴ Data do assassinato, em El Salvador, do arcebispo e defensor dos direitos humanos, Oscar Romero.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito*. Relatório S/2004/616 do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. In: Revista Anistia: política e justiça de transição, Documentos, n. 1, janeiro/junho 2009, p. 320-351.

novos abusos. Nesses pilares, as Comissões Nacionais da Verdade são criadas. A primeira estabeleceu-se na Uganda, em 1974 – após esse marco, tivemos mais de trinta comissões instauradas pelos continentes. Importa esclarecer que não são órgãos jurisdicionais, por mais que possam recomendar anistias ou julgamentos, conforme os poderes a eles investidos. Esse mecanismo “é responsável por investigar, elucidar e divulgar a verdade histórica ou narrativa oficial acerca das violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos em um dado período da história recente do país”¹⁶. As comissões são responsáveis por construir a verdade por meio de mecanismos próprios, e têm como dilema garantir a compreensão dos eventos do passado, pois “faz-se necessário tratar esse legado para que se possa concretizar plenamente o ideal democrático e republicano”¹⁷.

Ao longo dos anos, as Comissões da Verdade evoluíram de maneira bastante distinta. Algumas se restringiram à investigação da verdade de forma mais sigilosa e, como consequência, não ofereceram a oportunidade para audiências públicas com testemunhas. Somente a partir da experiência paradigma da África do Sul, as transmissões diárias pela mídia eram acompanhadas por toda a população, tornando-se um instrumento de grande significado, tanto no aspecto de reflexão, de transparência, como também acerca do processo de reconciliação social (ou, para alguns, uma forma de justiça restaurativa, já que o foco principal era a reparação dos danos oriundos daqueles conflitos de guerra).

Sobre as Comissões da Verdade na América Latina, por ordem cronológica, primeiro temos a **Bolívia**, que em 1982 instituiu a Comissão Nacional de Inquérito sobre Desaparecimentos. Como uma das prerrogativas da comissão, foram recolhidos testemunhos em torno de 155 (cento e cinquenta e cinco) casos de desaparecimentos ocorridos entre 1967 e 1982. A comissão recebeu escasso apoio financeiro do governo e,

¹⁶ VASCONCELOS, Daniela Mateus. *Justiça de transição e direito internacional: O direito à verdade e o dever do Estado de processar e punir graves violações aos direitos humanos*. Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. v. VI, n. 2, dez. 2013.

¹⁷ QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

segundo seu próprio Secretário-Executivo, Loyola Guzman, faltou apoio político. Sendo assim, após três anos, dispersou-se sem apresentar um relatório final.

A comissão da verdade da **Argentina**¹⁸, em 1984, tornou-se paradigma devido, sobretudo, ao esforço para julgamento dos oficiais militares. Entre as muitas medidas tomadas, inspecionou centros de detenção, além de cemitérios clandestinos e dependências policiais. O relatório final, intitulado “Nunca Más”, documentou casos de mais de 9 mil desaparecidos e culminou com a revogação da Lei de Autoanistia.

No **Uruguai**, em abril de 1985, após longos onze anos de ditadura militar, o parlamento uruguaio decidiu por estabelecer a comissão de Investigação da Situação das Pessoas Desaparecidas e suas Causas. O relatório final relatou 164 (cento e sessenta e quatro) casos de desaparecimentos durante os anos de governo militar, por meio de evidências de envolvimento das forças de segurança do país.

[...] o limitado mandato da comissão, entretanto, impediu investigações sobre prisão ilegal e tortura, que foi uma prática mais comum que os desaparecimentos. O relatório da comissão, embora público, não foi distribuído, sendo muito pouco conhecido dentro ou fora do Uruguai. O impacto da comissão não foi o esperado ¹⁹.

Ao contrário do Uruguai, no **Chile** a iniciativa conseguiu ser mais eficaz²⁰. Em 1990, foi estabelecida a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação para investigar mortes e desaparecimentos ocorridos durante os 17 anos de repressão militar. Sobre isso,

[...] a comissão não tinha poderes para investigar abusos que não houvessem terminado em morte ou desaparecimento, como tortura, sendo por isso muito

¹⁸ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (doravante CONADEP) foi criada logo no primeiro ano do novo governo democrático, conduzido pelo Presidente Raul Alfonsín.

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ A maior contribuição desta comissão de verdade foi dar a possibilidade ao governo de reconhecer, oficialmente, a violência institucional e demonstrar a reprovação moral do passado. O Presidente Aylwin pediu desculpas em nome do Estado a todas as famílias das vítimas. Muitas das recomendações escritas no relatório foram postas em prática.

criticada por organismos internacionais. **Devido à forte tradição legal no Chile**, a grande maioria dos casos de desaparecimento já tinha sido levada à corte no período da repressão, gerando detalhados relatórios. Organizações não-governamentais também tiveram um papel fundamental na obtenção de informações. Isto permitiu um rápido avanço nas investigações. A comissão trabalhou por nove meses para investigar 3.400 casos, dos quais 2.920 se enquadravam em seu mandato. Seu relatório final foi publicado em fevereiro de 1990²¹.

Já em **El Salvador**, após o Acordo do México, em abril de 1991, houve a instauração de uma Comissão; entretanto, o relatório da respectiva comissão foi recebido com bastante negatividade por recomendar, entre outras medidas, a dispensa total de militares e civis nomeados no relatório, uma nova legislação, além de demissões voluntárias de todos os membros da Suprema Corte.

De forma peculiar e bastante diferente de outras comissões, a investigação das violações de direitos humanos em **Honduras**, ocorridas durante o governo militar, foi feita por um indivíduo e não por uma comissão específica, apesar de exercer as mesmas prerrogativas. Sob o governo do presidente Callejas foi criado um Comissionado para a Proteção de Direitos Humanos, garantindo sua independência. Os integrantes do Comissionado foram escolhidos pela Comissão de Reconciliação Nacional, apenas podendo ser removidos por ela. O novo comissionado, Leo Valladares Lanza (1992), começou a investigar os padrões de desaparecimento que ocorreram de 1980 a 1993; ao final, encontrou cerca de 179 casos de desaparecimento provocados pelas forças armadas.²²

A **Guatemala** teve a Comissão para o Esclarecimento Histórico, em julho de 1994, com o Acordo de Oslo, depois de mais de trinta anos de guerra civil: “o relatório final foi entregue pela cerimônia pública e

²¹ *Ibid.*

²² POPKIN, Margaret; ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America*. In: KRITZ, Neil. *Transitional Justice. General Considerations*. Washington: United States Institute of Peace Press, 1995. P. 262-289.

emocionante, em que estavam presentes milhares de pessoas. A comissão registrou mais de 42 mil vítimas, sendo mais de 23 mil assassinatos, 6 mil desaparecimentos e 626 massacres”²³.

Por uma série de graves violações aos direitos humanos desde 1979, o **Equador** criou, em 1996, a Comissão de Justiça e Verdade. Incumbida de submeter as evidências ao Judiciário, após três meses de trabalho teria reunido fatos de mais de 300 casos, envolvendo principalmente torturas e execuções sumárias. Com falta de recursos financeiro e pessoal capacitado, após cinco meses de instituída a comissão encerrou suas atividades, sem apresentar um relatório final. Depois de quarenta anos de regime totalitário, em 1979 a Frente Sandinista de Liberação Nacional alçou ao poder. Instituída durante a presidência de José Daniel Ortega Saavedra, a Comissão para a Paz e Reconciliação conseguiu a identificação de vítimas de violência e conflito armado, com intenção de trazer a unidade e a reconciliação do país.

No **Peru**, a Comissão de Verdade e Reconciliação foi instituída em 2001, após um escândalo de corrupção no alto escalão do governo peruano, levando o então presidente Alberto Fujimori a viver em exílio no Japão. A comissão de verdade peruana tinha prerrogativas para investigar violações de direitos humanos e atos de terrorismo atribuídos ao Estado ou a grupos armados rebeldes, ocorridos entre maio de 1980 a novembro de 2000. O relatório final foi emitido em 2003, apresentando a estimativa de 69 mil casos de mortos e desaparecidos; mas, sobre ele, há severas críticas acerca do distanciamento da Comissão ao abordar questão indígena, maioria assassinada durante o período.

No **Panamá**, também em 2001, sob a presidência de Mireya Moscoso, foi estabelecida uma Comissão da Verdade logo após a descoberta de uma

²³ PINTO, Simone Rodrigues. *Direito à Memória e à Verdade: Comissões de Verdade na América Latina*. Revista Debates, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 128-143, jan-jun. 2010.

cova clandestina em 1999²⁴, com responsabilidade de examinar violações ocorridas durante o regime opressor de 1969 até 1989.

Já no **Paraguai**, mesmo que tardia (outubro de 2003), a Comissão da Verdade foi implantada quatorze anos após o fim da ditadura militar paraguaia. Foi incumbida de investigar as violações de direitos humanos ocorridas entre o período de 1954 a 2003, com foco principalmente no período de Stroessner. O governo paraguaio instituiu um programa de reparação, administrado pela Comissão Nacional de Direitos Humanos, com objetivo de compensar e reparar as vítimas da ditadura. Essa respectiva comissão não teve função de punir, nem indiciar criminalmente qualquer violador de direitos humanos.

Com a promulgação da Lei nº 12.528/11, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) brasileira foi oficialmente instalada em maio de 2012, para investigar crimes, sobretudo mortes e desaparecimentos forçados por agentes estatais (lapso temporal de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988), principalmente aqueles ocorridos durante o período da Ditadura Militar (a partir de 1964) no **Brasil**. É importante ressaltar que a CNV brasileira não possuía poder judicial ou legitimidade para julgar e processar crimes cometidos durante a ditadura, tendo em vista a já debatida Lei da Anistia de 1979. O contrário ocorreu em países como Argentina, Chile e Peru, países que não promoveram o esquecimento. O relatório final da Comissão Nacional da Verdade brasileira, por sua vez, foi entregue em dezembro de 2014, no Dia Internacional dos Direitos Humanos. Com ele, o Brasil formalmente reconheceu a prática de prisões ilegais, torturas, violências físicas e sexuais, desaparecimentos forçados, sequestros, execuções e diversas formas de violência. No nosso caso, tal lei foi usada para fomentar a “política do esquecimento”.

É evidente que as diversas decisões geradas a partir da aplicação das leis de anistia nos Estados latino-americanos se relacionam com as respectivas

²⁴ Localizada numa antiga base militar na cidade do Panamá, descoberta após três soldados confessarem a seus padres a existência delas. A cova, por sua vez, continha restos mortais de centenas de ativistas opositores assassinados durante o período totalitário.

normas adotadas, o que, em alguns casos, levou à revisão das normas internas, e em outros, **a excludentes do crime**.

Finalmente, na **Bolívia**, a tardia Comissão da Verdade foi criada em 2017, por decreto presidencial do presidente Evo Morales, e buscou investigar os crimes ocorridos entre 1964 e 1982.

3. Direito à memória e verdade no Brasil e sua importância contemporânea

Em termos cronológicos, a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 iniciou nosso processo transicional. Primeiramente, entende-se que nossa democracia, além de frágil, é bastante recente; segundo, que antes da elaboração da nossa Carta Magna, é importante ressaltar algumas atitudes tomadas pelo governo brasileiro que dificultaram o processo transicional no país. A Lei da Anistia de 1979 não pôs fim ao regime militar - que se postergou por mais 6 anos após sua promulgação, tendo findado apenas em 1985. Enquanto isso, as perseguições e prisões políticas continuavam.

Após a implementação da anistia recíproca, a sociedade brasileira "se reconfigurou como tendo se oposto, sempre, e maciçamente, à ditadura, transformada em corpo estranho". Ou seja, Redesenhou-se o quadro das relações da sociedade com a ditadura, que apareceu como permanentemente hostilizada por aquela. Apagou-se da memória o amplo movimento de massas que, através das Marchas da Família com Deus e pela Liberdade, legitimou socialmente a instauração da ditadura.²⁵

No Brasil, o método adotado para nosso processo de transicional foi convencionado entre vencedores e vencidos, uma forma conhecida como "negociação". Ou seja, todas as mazelas ocorridas durante o período ditatorial são paulatinamente esquecidas, silenciadas, até que haja uma abertura - esta manipulada por aqueles que ainda detinham o poder político, em maioria militares ou simpatizantes do antigo regime. Assim,

²⁵ REIS FILHO, Daniel Aarão. *Ditadura militar, esquerdas e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 70-71.

teve-se uma falsa negociação, já que nossa abertura política e econômica foi extremamente pelega, imposta e controlada pelos próprios tiranos. Não houve uma consciência ideológica suficientemente forte para alimentar os dias democráticos que viriam pela frente. A Comissão Nacional da Verdade brasileira só foi instaurada em 2012, quase trinta anos após o fim da ditadura militar, o que comprometeu as apurações de depoimentos e documentações, há muito já perdidos. A comissão brasileira só não foi mais tardia do que a da Bolívia, instaurada em 2017. Sobre esse aspecto, temos

Além de tentativas atrasadas e pouco divulgadas de investigar a morte e o desaparecimento de algumas vítimas do regime militar e de indenizar as famílias, a atitude oficial do governo brasileiro com relação à justiça transicional foi, principalmente, **de silêncio e amnésia**. Como não é de surpreender, tal tentativa de varrer pra baixo do tapete as animosidades da era militar não conseguiu promover nem a paz social nem um consenso amplo com relação ao passado.²⁶

Esse conceito de perdão à brasileira, porém “limitou a adesão subjetiva à reconciliação, tentando-se transformar a anistia em um mero esquema de reparações materiais com intuito de impor o esquecimento, como se isso fosse possível”²⁷. Logo, houve uma falha no reconhecimento social, pois os perseguidos políticos sofreram inúmeras recusas nesse sentido:

Quando torturados, perderam a possibilidade de confiança recíproca nos seus semelhantes. Quando tiveram suas liberdades violadas e seus direitos ameaçados, deixaram de estar em pé de *igualdade* no processo de convívio, integração e participação social. Quando foram rotulados como terroristas ou traidores da pátria assistiram à depreciação de suas convicções sobre o mundo e tiveram seus modos de vida ou suas opções políticas depreciados e

²⁶ PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão – o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. [Original: Political (in)justice – authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile and Argentina. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2005]

²⁷ [ABRÃO, P.](#) ; TORELLY, M. D. *Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação*. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 3, p. 108-139, 2010.

menosprezados como ações que pudessem contribuir historicamente para engrandecer ou melhorar seu país e a vida de todos aqueles que os rodeavam.²⁸

Não apenas a partir de 1986, com o final da ditadura militar, mas principalmente na segunda década do século XIX, já que muitos desafios políticos enfrentados contemporaneamente são reflexo das marcas que deixamos para trás. Nossa democracia, ainda tão nova se comparada às demais do continente americano, enfrenta uma negociação pautada no “acordo” de esquecimento ou “autoperdão”, inicialmente com a primeira lei promulgada para embasar os conflitos que já ocorriam nos últimos anos da ditadura brasileira: a Lei de Anistia nº 6.683/79, implantada pelos próprios militares, que se torna uma autoanistia, pois é criada uma lógica de que tudo deve ser esquecido e perdoado.

Então, “a *autoanistia ampla* decretada pelo regime militar, embora não reconhecida pelo direito internacional, foi respeitada no Brasil, enquanto anistias semelhantes adotadas na Argentina e no Chile foram revogadas ou sofreram restrições”²⁹. Conforme visto, em um contexto breve das políticas pós-ditatoriais instauradas em países latinos, o Brasil ainda está atrasado quanto à aplicação prática das apurações respaldadas pela Comissão Nacional da Verdade.

Não foi o judiciário do período democrático quem reconheceu a existência das graves violações contra os direitos humanos no passado, mas sim **tais comissões, que contribuíram de forma decisiva para a o esclarecimento histórico e a mobilização social por novas formas de responsabilização, como a criação de uma Comissão Nacional da Verdade**. O sistema de justiça, em todo o processo transicional brasileiro, funciona como obstaculizador sistemático das medidas não apenas de justiça, mas também de reparação, memória e verdade.³⁰

²⁸ *Op. cit.*

²⁹ *Op. cit.*

³⁰ *Op. cit.*

O Eixo Orientador VI, do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), aborda o Direito à Memória e Verdade. Esse documento, apesar de bastante avançado em seus objetivos, não é de conhecimento geral da sociedade brasileira, o que impede, inclusive, uma maior pressão popular quanto às políticas públicas a serem implantadas e ações que se transformem em práticas sociais³¹.

Conclusões

A importância de se falar sobre o processo de justiça transicional e nossas heranças autoritárias parte principalmente da ideia de que as consequências de um pós-ditadura são extremamente danosas à sociedade dita agora democrática, por mais que décadas tenham se passado. Não é questão de mensurar o tempo de uma transição, mas, se ela de fato ocorreu e como foi feita. Ao implantamos uma verdadeira política do esquecimento, quer dizer que todas as questões sociais, econômicas, ideológicas, culturais, etc que sofreram um silenciamento histórico eclodirão em algum momento, como um movimento cíclico. Ao falarmos da história colonial da América Latina, somando-a às lutas emancipatórias do século XX, podemos dizer que foi a região com maior incidência da passagem entre regimes autoritários para democráticos, e a partir dessa conjuntura enquadramos a ideia de *post-justice conflict*.

Direito à Memória, por definição, seria não só o poder de acessar os registros materiais e imateriais do período ditatorial, como também a possibilidade de transmitir os conhecimentos adquiridos a partir desses documentos. Diferentemente de outros países latinos, o Brasil optou por uma política de esquecimento institucional, na qual o passado é tratado de forma eufêmica e a Ditadura minimizada. Sendo, inclusive, alcunhada de “dita branda”, deixando o direito à memória e verdade enfraquecido, uma vez que a memória reside de impressões. Compreende-se, portanto, que a justiça de transição é um importante fator no processo de

³¹ *Op. cit.*

redemocratização e consolidação da democracia – não é possível falar em Estado Democrático de Direito sem uma transição de fato. Sendo assim, temos que compreender o que falta para efetivarmos nosso processo transicional de forma eficiente, visando um crescimento paulatino das nossas características democráticas e não o desmonte sequencial das lutas por direitos humanos conquistadas anteriormente.

Referências

- ABRÃO, P. ; TORELLY, M. D. . **Justiça de Transição no Brasil**: a dimensão da reparação. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 3, p. 108-139, 2010.
- BAGGIO, R. C.. **Justiça de transição como reconhecimento**: limites e possibilidades do processo brasileiro. Cadernos IHU Idéias (UNISINOS), v. 12, p. 01, 2014.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; Gomes, David Francisco Lopes. **Justiça de Transição e o projeto constituinte do estado democrático de direito no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Belo Horizonte, ano 9, n. 10, p.213-232, jul./dez. 2011.
- HOLLANDA, Cristina Buarque; BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, Luciana. **Justiça de Transição e Direitos Humanos na América Latina e na África do Sul**. Revista OABRJ, v. 25, p. 55-75, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho de Segurança. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: reporto of the Secretary-General**. 23 de agosto de 2004. <http://archive.ipu.org/splze/ungao7/law.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito**. Relatório S/2004/616 do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. In: **Revista Anistia**: política e justiça de transição, Documentos, n. 1, janeiro/junho 2009, p. 320-351.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário**. Resolução 60/147. NYC, 16 de dezembro de 2005.

Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/pagina/direitos-humanos?menu=direitos-humanos>. Acesso em: 05 abr. 2020.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão – o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. [Original: Political (in)justice – authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile and Argentina. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2005]

PINTO, Simone Rodrigues. **Direito à Memória e à Verdade: Comissões de Verdade na América Latina**. Revista Debates, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 128-143, jan-jun. 2010.

POPKIN, Margaret; ROHT-ARRIAZA, Naomi. **Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America**. In: KRITZ, Neil. Transitional Justice. General Considerations. Washington: United States Institute of Peace Press, 1995. P. 262-289.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 70-71.

SANTOS, Cecília Macdowell. **Questões de justiça de transição: a mobilização dos direitos humanos e a memória da ditadura no Brasil**. In: Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão da Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

TEITEL, Ruti. **Genealogía de la Justicia Transicional**. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidade de Chile, 2003.

TORELLY, M. D.. **Decifrando padrões da legalidade autoritária**. (resenha de: PEREIRA, Anthony W. 'Ditadura e repressão ? o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina. São Paulo: Paz e terra, 2010). Sistema Penal & Violência (Online), v. 04, p. 147-150, 2012.

VASCONCELOS, Daniela Mateus. **Justiça de transição e direito internacional: O direito à verdade e o dever do Estado de processar e punir graves violações aos direitos humanos**. Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. v. VI, n. 2, dez. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Democracia e federalismo: o plano subnacional de proteção de direitos do consumidor

*Renata Gonçalves Perman*¹

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º XXXII tutela o direito do consumidor como garantia fundamental. O artigo 24, V e VIII da CRFB afirma que cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre produção e consumo, assim como responsabilidade por dano ao consumidor. Dessa forma, é adequado pesquisar como se efetiva o desdobramento dessa proteção consumerista no plano subnacional, através da Constituição estadual e Pernambuco e do Paraná, assim como, de todas as leis ordinárias e complementares que de alguma forma tratam do direito do consumidor do período de 2008 até 2018, esta última, foi realizada nas Assembleias legislativas.

O objetivo geral é o estudo da democracia, jurisdição Constitucional e do federalismo, assim como, de direitos e garantias fundamentais no plano estadual com especial atenção ao direito do consumidor para que se possa verificar sua pertinência no âmbito subnacional. Dessa maneira, pretende-se pesquisar qual desses Estados membros (Pernambuco ou Paraná) desempenham uma maior proteção ao direito fundamental do consumidor.

¹ Graduada em Direito-Universidade Católica de Pernambuco. Mestra e Doutoranda em Direito- Universidade Católica de Pernambuco. Advogada. E-mail: renata.perman@hotmail.com.

Por conseguinte, objetiva-se mapear o direito do consumidor e a sua previsão na Constituição estadual do Paraná e de Pernambuco, para identificar se o legislador estadual se ateve a sua competência de legislar sobre produção e consumo. Depois, será realizada uma pesquisa nas Assembleias legislativas contendo todas as leis ordinárias e complementares que tratam de alguma forma o direito fundamental do consumidor dos anos de 2008 até 2018.

Dessa maneira, será feito um cruzamento dos dados levantados para que se verifique quais dos Estados membros citados observam uma tutela mais efetiva sobre o aspecto de suas legislações. Como resultado esperado, pretende-se, por exemplo, diagnosticar, se os cidadãos de Pernambuco possuem uma maior proteção de direitos fundamentais do consumidor do que quem mora no Paraná.

2. Democracia e federalismo.

A federação brasileira está regulada e sistematizada em uma harmonia entre o dualismo da existência política, existindo uma tensão entre unidade e pluralidade. Entretanto, mesmo em uma situação de estabilidade entre unidade e diversidade, é possível que surjam conflitos entre União e Estados. Assim sendo, é necessário refletir acerca de soluções para resolver esses problemas. Como diz Araújo:

Federalismo não significa centralização de poderes em uma unidade. O federalismo não é sinônimo de hegemonia central: federar significa reunir elementos diversificados num equilíbrio dinâmico, é a salvaguarda da qualidade de cada minoria, de cada região ou nação, é o contrário da simplificação totalitária, da uniformidade imposta pelo Estado nação centralizador, é um espaço de liberdade e democracia e de participação de um pluralismo de ideias, de cultura, de crenças, assim como de partidos, de empresas e de grupos de interesse, evoluindo dentro de um tecido social complexo e diversificado.²

² ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. *Teoria da Repartição de competências Legislativas Concorrentes*. Recife: Fasa, 2011.

A democracia nem sempre está em conformidade e equilíbrio com o federalismo. Quando o federalismo promove a descentralização, imagine-se que a administração do poder em um âmbito mais externo resultaria em uma maior atuação democrática. Entretanto, a descentralização não necessariamente acarreta uma maior democracia, ou seja, o federalismo não quer dizer estar ao lado de desejos mais democráticos na maneira como o poder está organizado, pois segue a maneira como o poder está sendo arrumado. Se a consolidação do poder Estadual acarreta uma diminuição do poder da União, por outro lado o poder estadual pode se valer de técnicas não democráticas em sua gestão³. Nesses termos, afirma Baracho:

A federação é particularmente vocacionada a conviver com a democracia, demonstrando ser capaz de impedir ou, pelo menos, dificultar a formação de governos totalitários. As características do federalismo demonstram a impossibilidade de sua aceitação pelos processos autoritários, que tendem à centralização política e, muitas vezes, administrativa. Os sistemas políticos autocráticos dificultam ou tornam impossível o autêntico federalismo.⁴

A jurisdição Constitucional tem o objetivo de assegurar o desempenho e funcionamento das funções estatais limitando o poder, sendo muito importante para garantir o equilíbrio federativo. O poder judiciário no Brasil vem desempenhando um papel de destaque na sociedade, de forma que ele preenche espaços vazios que antes eram ocupadas pelo poder legislativo e executivo.

A relação entre jurisdição Constitucional e democracia abrange um problema, pois a jurisdição constitucional é vista como o ponto central responsável por dirimir divergências políticas e sociais, possuindo o poder de proferir a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Dessa

³ *Ibidem*. p.30.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A Federação e a revisão constitucional: as novas técnicas dos equilíbrios constitucionais, as relações financeiras, a cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, out/ dez 1995.

forma, Sarmento⁵ afirma que “o problema da democracia pode não vir do remédio- controle judicial de constitucionalidade- mas da sua dosagem”.

É necessário frisar que liberalismo é diferente de democracia. O liberalismo busca saber quais são os limites do poder público, e independente de quem esteja no poder, seja um autocrata ou uma pessoa do povo, esse poder não pode ser absoluto nem ilimitado, pois as pessoas têm direitos fundamentais que precisam ser assegurados. O liberalismo busca restringir a existência do Estado ao mínimo possível, devendo ser um meio termo, nem a supervalorização do Estado nem a sua supressão, uma vez que é muito importante a existência de normas estatais para manter a ordem e a paz social. O Estado é indispensável para manter a ordem social, as relações entre as pessoas, para fazer valer e garantir direitos fundamentais.

O Estado de direito, é assim denominado, porque é no ordenamento jurídico, especialmente na CRFB que encontra o seu fundamento e também a sua limitação, pois seria ilegal e ilegítimo um Estado que não tivesse fundamento em uma Constituição⁶.

Para Saldanha⁷ existe um problema político na separação de poderes, pois o Estado precisou da separação de poderes em uma época de seu desenvolvimento, em função de problemas políticos: o caminho e a passagem do absolutismo para o liberalismo Constitucionalista democrático. “As próprias Constituições escritas existem para expressar e realizar a separação de poderes”.

Para Schmitt o funcionamento do poder se manifesta e expõe como decisão e, conseqüentemente, como uma vontade. Schmitt⁸ afirma que a lei vem da política e não do direito. Alega que tanto o direito quanto na política existe vontades e razões. Na política elas se constituem em razão

⁵ SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de auto concentração judicial*. Vol. 06, n. 2. ISSN 1516-0351. DOI 10.12957/rqi.2013.9315.2005.

⁶ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. 2 ed. Saraiva, 1987.

⁷ Ibidem.p.50.

⁸ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2ed, 1988.

do poder e das instituições que a ajustam. Já no direito, se formam de acordo formas normativas de princípios referentes à noção de justiça distributiva, ou seja, os princípios e as normas constitucionais que respaldam e fundamentam a divisão de poderes.

Governo dos juízes não cabe em uma democracia, pois embora seja inegável que na prática da justiça brasileira exista um protagonismo do poder judiciário, na teoria, isso não deveria acontecer, porque se há um protagonismo de um poder (judiciário), isso vai acarretar um desequilíbrio. No Brasil tem três poderes harmônicos e independentes entre si. Se ocorre desequilíbrio (sistema de freios e contrapesos- um poder se escora no outro) não é possível falar em poderes harmônicos e independentes, muito menos em uma democracia.

No Brasil houve uma ascendência do poder judiciário ocupando os espaços vazios de poder não preenchidos pelos poderes legislativo e executivo. O fenômeno da judicialização da política que posiciona o poder judiciário como aquele que está no centro para solucionar questões que envolvem alta densidade política⁹.

O juiz é ativista, quando ele tem várias possibilidades de decidir, jurídicas e não jurídicas, e caso ele decida pela não jurídica, nesse caso, o juiz não é ativista, ele é incompetente. O ativismo judicial para Garapon¹⁰ somente se dá quando o juiz decide dentro das possibilidades jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

Existe um paradoxo na política e isso é um dos maiores problemas da democracia: “como fazer o poder pertencer ao povo”. Para Lorenzetto¹¹ o problema é que a população não tem o costume de tomar decisões importantes que a esfera pública requer. Um dos maiores objetivos do direito é a estabilização social, mas existem outros atributos dados ao direito que vai além disso. O direito não é suficiente para solucionar o

⁹ LORENZETTO, Bruno Meneses. KOZICKI, Katya. *Constituindo a Constituição: entre paradoxos, razões e resultados*. Revista de Direito GV, São Paulo, 2015.

¹⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia- o guardião de promessas*. 2 ed. São Paulo, Revan, 1952.

¹¹ LORENZETTO, Bruno Meneses. KOZICKI, Katya. *Constituindo a Constituição: entre paradoxos, razões e resultados*. Revista de Direito GV, São Paulo, 2015.

paradoxo da política, e Lorenzetto, defende a ideia de que a para solucionar tal enigma é necessário observar o constitucionalismo. Isso porque, a Constituição impõe limites que podem diminuir danos causados as pessoas com a violação de direitos e garantias fundamentais.

Essa tensão, se refere a democracia e ao constitucionalismo. Para Lorenzetto¹², a solução esse problema está no controle de constitucionalidade. Democracia está relacionada com uma ideia normativa, busca mecanismos para decidir coletivamente, para que isso possibilite que muitas pessoas decidam e conseqüentemente guiar as ações que são realizadas no universo político. Democracia é um espaço para o autogoverno, no qual as pessoas que decidem sobre os rumos que o seu país pode seguir.

Já o constitucionalismo na visão de Lorenzetto¹³ é um meio anteriormente definido por uma norma Constitucional através do qual são exercidos processos de tomada de decisões coletivas. O governo deve ser subordinado as leis que implementam valores que não são compráveis e irão estruturar os princípios basilares do sistema normativo.

É necessário observar a ameaça que o excesso de direito e de justiça faz pesar sobre a democracia. No Brasil, o papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas (aos juízes) que representam a consciência moral da vida social, política e econômica. “Governo de juízes, protagonismo judiciário, ativismo jurídico”, são palavras que expressam o perigo que a justiça pode fazer a democracia correr. O ativismo para Garapon evidencia-se quando entre muitas soluções possíveis a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social¹⁴.

Nos Estados Unidos há plena consciência do quanto é perigoso o excesso de poder, direito e justiça sobre a democracia. Os EUA é um país de comum law, o judiciário desse país, especialmente a Suprema Corte Americana tem muito cuidado quando vai decidir, e, por isso, essas

¹² Ibidem.p.34.

¹³ Ibidem. p.40.

¹⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia- o guardião de promessas*. 2 ed. São Paulo, Revan, 1952.

decisões viram precedentes. A Suprema Corte americana possui um mecanismo chamado emissão de certiorari, que significa que quando esse órgão judicial vai decidir, ele faz isso apenas 135 vezes por ano (em média), e, por este motivo, a força do precedente americano é tão forte e válido¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal, decide muitos casos, e por isso, no Brasil não se pode ter uma tradição em precedentes, pois para o precedente ser forte ele precisa ser limitado, o que está muito distante de ocorrer com a realidade do judiciário do Brasil. Na realidade judicial brasileira, não há condições de seguir o modelo americano, porque o direito brasileiro não permite.

2. A federação brasileira e a proteção de direitos do consumidor no plano estadual.

Os direitos e garantias fundamentais são muito discutidos na esfera federal com previsão na Constituição República Federativa do Brasil em artigo 5º, na qual a garantia do consumidor tem arrimo no inciso XXXII, que podem legislar concorrentemente à União, aos Estados e Distrito Federal legislar sobre produção e consumo, e também esses entes se responsabilizam por dano causado ao consumidor.

A proteção do consumidor precisa ser desdobrada e discutida também no plano estadual, pois o Brasil é um país federalista, e isso pressupõe a atuação do legislador na produção de direito. Logo, a previsão de proteção dessas normas tem previsão em Constituições estaduais e leis infraconstitucionais, não sendo um tema exclusivo a ser tratado pelo Congresso Nacional.

A inserção da proteção do consumidor no campo de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CRFB, torna-o um direito fundamental referente ao direito da personalidade. Dessa forma, o enquadramento da proteção do consumidor nos princípios da ordem econômica, quer dizer um dever de certificar assistência às necessidades

¹⁵ Ibidem,p.36.

vitais do consumidor, referente, por exemplo, a sua segurança e saúde. As Constituições estaduais e leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares) desempenham uma função didática na proteção desses direitos, devendo produzir efeitos práticos plenos¹⁶.

3. Direitos do consumidor na constituição do estado do Paraná e na constituição do estado de Pernambuco.

No artigo 13 VIII da Constituição do Estado do Paraná, afirma que compete ao Estado concorrentemente com a União, legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor. No artigo 120, X do mesmo diploma legal afirma que são funções institucionais do Ministério Público, participar de organismos estatais de defesa do consumidor¹⁷.

No artigo 145 da Carta do Estado do Paraná aduz que o Estado, por lei e ação integrada com a União, Municípios e sociedade, promoverá a defesa dos direitos sociais do consumidor, através de sua conscientização, da prevenção e responsabilização, por danos a ele causados, democratizando a fruição de bens e serviços essenciais¹⁸.

O artigo 67 S2º, II da Constituição do Estado de Pernambuco afirma que são funções institucionais do Ministério Público, promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos do consumidor, assim como, os relativos ao ambiente de trabalho, coibindo o abuso de autoridade ou do poder econômico¹⁹.

No artigo 107 S4º do mesmo diploma legal acima citado, aduz que a Lei Estadual ou Municipal determinará medidas para que os consumidores

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ PARANÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Paraná*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70436/CE_Parana.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

¹⁸ Ibidemp.40.

¹⁹ PERNAMBUCO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Pernambuco*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70449/CE_Pernambuco.pdf?sequence=2>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços²⁰.

O artigo 114 da Constituição do Estado de Pernambuco afirma que em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a contribuinte do imposto que seja, ao mesmo tempo, consumidor final, localizado no Estado, a este caberá o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual. No inciso VII do mesmo artigo aduz que em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o contribuinte for destinatário do imposto²¹.

O artigo 139, IV da Constituição do Estado de Pernambuco afirma que os Estados e os municípios, nos limites de sua competência e com observância dos preceitos Constitucionais, promoverão o desenvolvimento econômico, conciliando a liberdade de iniciativa com os Princípios superiores da justiça social, com a finalidade de assegurar a elevação do nível de vida e bem estar da população, reprimindo o abuso do poder econômico, pela eliminação da concorrência desleal e da exploração do produtor e do consumidor²².

O capítulo II da Constituição do Estado de Pernambuco trata da defesa do consumidor. No artigo 143 incisos I, IV, V, VI, afirmam que cabe ao Estado promover a defesa do consumidor, mediante: política governamental de acesso ao consumo e de promoção dos interesses e direitos dos consumidores. Criação e regulamentação do Conselho de Defesa do Consumidor, a ser integrado por representantes dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e de órgãos de classe. Pesquisa, informação e divulgação de dados sobre consumo, preços e qualidade de bens e serviços, prevenção, conscientização e orientação do consumidor, com o intuito de evitar que venha a sofrer danos e motivá-lo a exercitar a

²⁰ Ibidem.p.41.

²¹ Ibidem. p. 44.

²² Ibidem. p.51.

defesa de seus direitos. Atendimento, aconselhamento, mediação e encaminhamento do consumidor aos órgãos especializados, inclusive para prestação de assistência jurídica ²³.

No artigo 196 da Constituição do Estado de Pernambuco, aduz que deverão constar das atividades curriculares, a serem vivenciadas nas redes oficiais e particular, conhecimentos acerca de direitos e deveres do consumidor²⁴.

4. Leis ordinárias e complementares do consumidor previstas no Paraná e em Pernambuco.

Esta parte da pesquisa foi feita nas Assembleias Legislativas dos Estados do Paraná e de Pernambuco. Foi enviado e-mail para elas, solicitando todas as normas relativas ao Direito do consumidor que há no plano infraconstitucional estadual do período de 2008 até 2018 (todas as leis ordinárias e complementares que de alguma forma tratam da defesa do consumidor no período de tempo acima transcrito).

Dessa maneira, foi feito um cruzamento dos dados levantados através da análise das Constituições estaduais e de leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares) relativas ao direito do consumidor, para que se verifique quais dos Estados membros (Paraná ou Pernambuco) observam uma tutela mais efetiva sobre o aspecto de suas legislações subnacionais. Como resultado esperado, pretende-se, por exemplo, diagnosticar, se os cidadãos de Pernambuco possuem uma maior proteção de direitos fundamentais do consumidor do que quem mora no Paraná. A finalidade é estabelecer uma grande planilha na qual se possa verificar quantitativamente e qualitativamente toda a produção subnacional em matéria de direito do consumidor nesses respectivos Estados membros.

No Estado do Paraná, foi realizada na Assembleia Legislativa, pesquisa com o objetivo de investigar todas as leis infraconstitucionais

²³ Ibidem, p.52.

²⁴ Ibidem, p.61.

(ordinárias e complementares) que de alguma forma protegem o direito fundamental do consumidor, do período de 2008 até 2018. Foram encontradas 85 (oitenta e cinco) leis ordinárias e complementares nesse período de tempo. A planilha (um) abaixo, mostra alguns exemplos dessas leis.

Planilha 1- Leis ordinárias e complementares do consumidor no Estado do Paraná

LEI	FUNDAMENTO	DATA	ESTADO
15.967	Obriga o serviço de proteção ao crédito-SPC, a centralização de banco S\A- SERASA e quaisquer outros órgãos de bancos de dados, a retirar o nome do cidadão da relação de cadastro negativo, no prazo máximo de 48 h, após a confirmação do pagamento do débito.	15/10/2008	Paraná
15.979	Dispõe que os fornecedores de serviços de qualquer natureza, no âmbito do Estado do Paraná, ficam obrigados a disponibilizarem nas faturas ou boletos mensais de cobrança, o endereço completo de suas instalações comerciais, conforme específica.	19/11/2008	Paraná
16.239	Estabelece normas de proteção à saúde e de responsabilidade por dano ao consumidor, nos termos dos incisos V, VIII e XII do artigo 24, da Constituição Federal, para criação de ambientes de uso coletivo livres de produtos fumígenos, conforme específica e adota outras providências.	29/09/2009	Paraná
16.240	Dispõe que a SANEPAR só poderá instituir cobrança pela prestação de serviços públicos de abastecimento de água, de saneamento e de resíduos sólidos, se efetivamente executar tais serviços, conforme específica e adota outras providências.	30/09/2009	Paraná
16.392	Dispõe que as instituições financeiras que específica, manterão afixados em seu interior, placas ou cartazes informando que “a Lei Federal nº 8.78/1990, em seu artigo 52 S2º, garante a quem efetuar a liquidação antecipada do débito, total ou parcial, a redução proporcional de juros e demais acréscimos.”	02/02/2010	Paraná
16.752	Dispõe que as instituições financeiras no âmbito do Estado do Paraná deverão informar a todos os consumidores, anteriormente a prestação dos serviços tarifados, em caixas eletrônicos, telefone ou internet, o valor da cobrança.	29/12/2010	Paraná
16.756	Dispõe que os portadores de postos de combustíveis ficam obrigados a afixar, nesses estabelecimentos, cartaz informando aos consumidores a diferença entre os preços da gasolina e do álcool (etanol).	29/12/2010	Paraná
16.785	Dispõe sobre a cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado pelos serviços de estacionamento de veículos em estabelecimentos destinados ao aluguel.	11/01/2011	Paraná
17.054	Estabelece que as operadoras de telefonia celular e os fabricantes de aparelhos celulares e acessórios, no âmbito do Estado do Paraná, deverão alertar seus usuários sobre a possibilidade de danos à saúde.	23/01/2012	Paraná
17.098	Determina que sejam mantidas placas informativas visíveis com dados referentes à manutenção, vistoria técnica e riscos na utilização de brinquedos e atrações existentes em parques de diversões.	28/03/2012	Paraná

17.315	Estabelece indicadores relativos ao bem-estar da população do Estado do Paraná e indicadores de desempenho relativos à qualidade dos serviços públicos prestados, relacionando-os com o objetivo de proteger e defender os usuários de serviços públicos e os consumidores.	24/09/2012	Paraná
17.322	Fica vedada, pelas instituições de ensino privadas sediadas no Estado do Paraná, a cobrança de taxa de material de ensino de uso coletivo.	05/10/2012	Paraná
17.663	Obriga as operadoras de serviços de telefonia fixa e móvel e as operadoras de TV por assinatura a manter e divulgar estabelecimentos físicos e representantes legais no Estado do Paraná para atendimento presencial ao consumidor e recebimento de citações e intimações.	27/08/2013	Paraná
17.677	Proíbe a cobrança de valores adicionais-sobretaxas para matrícula ou mensalidade de estudantes portadores de Síndrome de Down, autismo, transtorno invasivo do desenvolvimento de outras síndromes.	10/09/2013	Paraná
18.413	Estabelecimento de critérios para a cobrança de custas dos serviços judiciais no âmbito dos Juizados Especiais do Estado do Paraná e adoção de outras providências.	29/12/2014	Paraná
18.640	Dispõe sobre a obrigatoriedade das concessionárias de automóveis sediadas no Estado do Paraná apresentarem ao consumidor o orçamento nas revisões conforme o especificado pelo fabricante no manual do veículo.	04/12/2015	Paraná
19.535	Obriga as instituições financeiras e demais instituições com funcionamento autorizado pelo Banco Central do Brasil, localizados no Estado do Paraná, a instalarem dispositivos antifurtos nos terminais de autoatendimento.	05/07/2018	Paraná

Fonte: adaptado do site: www.alep.pr.gov.br

No Estado de Pernambuco, foi realizada na Assembleia Legislativa, pesquisa com o objetivo de investigar todas as leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares) que de alguma forma protegem o direito fundamental do consumidor, do período de 2008 até 2018. Foram encontradas 73 (setenta e três) leis ordinárias e complementares nesse período de tempo. A planilha (dois) abaixo, mostra alguns exemplos dessas leis.

Planilha 2- Leis ordinárias e complementares do consumidor no Estado de Pernambuco.

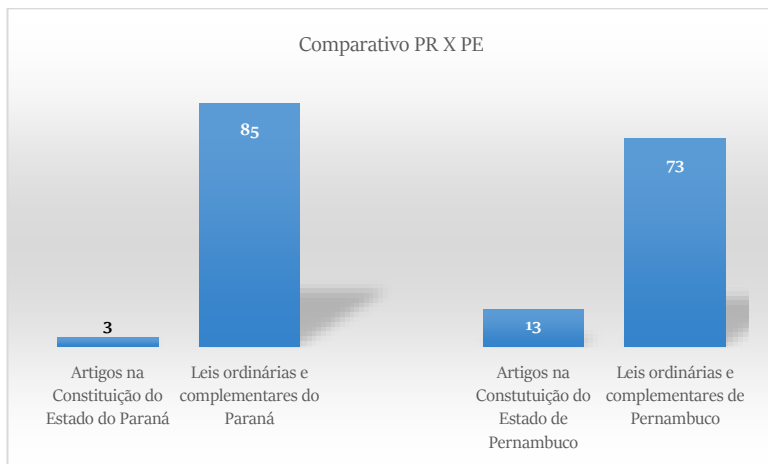
LEI	FUNDAMENTO	DATA	ESTADO
14.576	Dispõe sobre a obrigatoriedade de os órgãos estaduais de defesa do consumidor dar publicidade, anualmente, ao cadastro dos fornecedores e prestadores de serviços com atuação comprovadamente lesiva aos consumidores.	29/12/2011	PE
16.203	Obriga os estabelecimentos bancários situados no Estado de Pernambuco a oferecer atendimento prioritário a pessoas com deficiência, mobilidade reduzida ou doença grave.	15/11/2017	PE

16.172	Dispõe sobre o exercício do direito de arrependimento nas contratações efetuadas via comércio eletrônico para empresas situadas no âmbito do Estado de Pernambuco.	27/10/2017	PE
16.128	Obriga as empresas prestadoras de serviços de natureza contínua a informar aos consumidores sobre a data do término dos descontos promocionais concedidos em caráter temporário no âmbito do Estado de Pernambuco.	29/08/2017	PE
16.099	Obriga clínicas de estética e demais estabelecimentos que ofertem serviços de embelezamento a disponibilizarem operador habilitado durante tratamentos ou procedimentos realizados com aparelhos de eletrotermofototerapia.	06/07/2017	PE
16.025	Proíbe, no âmbito do Estado de Pernambuco, a inclusão do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, nos casos de ausência de pagamento em contratos de empréstimo consignado na forma que menciona.	04/05/2017	PE
16.018	Determina a afixação de cartaz pelas concessionárias e revendedores de veículos automotores.	28/04/2017	PE
15.986	Altera a Lei nº 14.331 de 2011, que dispõe sobre a higienização das cadeirinhas de bebê afixadas nos carros de compras em supermercados, hipermercados localizados em Pernambuco, bem como acerca de afixação de placa indicativa.	14/03/2017	PE
15.887	Obriga os organizadores e promotores de shows, espetáculos, peças teatrais e outras atividades artísticas e culturais com finalidade lucrativa a divulgarem informações sobre a duração estimada dos eventos realizados no Estado de Pernambuco.	01/09/2016	PE
15.842	Obriga os bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares situados no Estado de Pernambuco a disponibilizar informações sobre oferta e cobrança de couvert artístico em local de ampla visibilidade.	18/06/2016	PE
15.412	Dispõe sobre a obrigatoriedade de os supermercados e hipermercados exporem aos consumidores, em um mesmo local ou gôndola, todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem a utilização de glúten.	11/12/2014	PE
15.366	Dispõe sobre a afixação de cartaz informativo em restaurantes, bares, boates, casas de eventos e assemelhados, informando acerca da existência de cobrança de taxa acessória, na ocasião em que o consumidor leva alimentos e bebidas alusivas a comemorações.	05/09/2014	PE
15.363	Torna obrigatória a disponibilização, no sítio eletrônico dos estabelecimentos comerciais que vendem mercadorias pela internet para o Estado de Pernambuco, da informação quanto à existência daquelas em estoque, antes da efetivação da compra.	03/09/2014	PE
15.314	Obriga as locadoras de veículos, locadoras de táxis, cooperativa de táxis e empresas afins a reservarem 2% do total de suas frotas com veículos adaptados para atenderem as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.	14/06/2014	PE
15.221	Dispõe sobre a afixação de cartaz em armazéns de construção conveniados, informando sobre a proibição de alteração de valor de pagamento entre o cartão de débito da linha de financiamento para compra de materiais de construção e cartão de crédito.	25/12/2013	PE

14.992	Dispõe sobre a obrigatoriedade das empresas que exploram o comércio eletrônico de vendas coletivas no âmbito do Estado de Pernambuco, a manterem serviços telefônicos de atendimento ao consumidor.	06/06/2013	PE
14.824	Dispõe sobre a obrigatoriedade de utilização de formulários de achados e perdidos pelas empresas integrantes do sistema de transporte público de passageiros no âmbito da Região Metropolitana do Recife-RMR e do sistema de transporte público de passageiros no âmbito intermunicipal.	06/11/2012	PE

Fonte: adaptado do site: www.legis.alepe.pe.gov.br

Como observa-se no gráfico abaixo, no Estado do Paraná, foram encontradas 85 (oitenta e cinco) leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares) e 3 (três) artigos na Constituição estadual. Já no Estado de Pernambuco foram encontradas 73 (setenta e três) leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares) e 13 artigos na Constituição estadual. Esses dados foram colhidos de um período de tempo de 10 anos, especificamente dos anos 2008 até 2018.



Considerações finais.

Foi realizado um mapeamento nas Constituições estaduais e leis infraconstitucionais ordinárias e complementares, nas Assembleias Legislativas, dos Estados do Paraná e Pernambuco, relativo aos direitos fundamentais do consumidor, com a finalidade de responder ao problema

de pesquisa: como está distribuída a proteção de direitos fundamentais do consumidor no plano subnacional nesses respectivos Estados membros.

Foram construídas duas planilhas no item 2.4, na qual foram dados alguns exemplos de leis infraconstitucionais ordinárias e complementares relativas a proteção do consumidor no Brasil.

Na Constituição do Estado do Paraná foram encontrados três artigos que protegem o direito do consumidor (que foi elencado no tópico 2.3). Relativo as leis infraconstitucionais ordinárias e complementares relacionadas ao direito consumerista no mesmo Estado, no período de 2008 até 2018, dispõe de 85 (oitenta e cinco). De um universo de oitenta e cinco leis infraconstitucionais encontradas no Estado do Paraná, somente foi possível explicitar dezessete delas na “planilha 1 (um) do item 2.4” deste artigo, pois para elencar todas essas leis, seriam necessárias mais páginas.

Na Constituição do Estado de Pernambuco foram descobertos 13 (treze) artigos que tutelam o direito consumerista (que foram elencados no tópico 2.3). No plano infraconstitucional desse mesmo Estado, foram achadas 73 (setenta e três) leis ordinárias e complementares relativas ao direito do consumidor no período de 2008-2018. De um universo de 73 (setenta e três) leis infraconstitucionais relativas a proteção do consumidor, só foi possível explicitar dezessete delas no “tópico 2.4, planilha 2 (dois)” desse artigo, pois seria preciso mais páginas para que fosse possível abordar toda a produção subnacional em matéria de direito do consumidor nesses Estados durante o período de tempo acima transcrito.

Comparando o grau de proteção de direitos fundamentais do consumidor nos Estados do Paraná e Pernambuco por meio de leis Constitucionais e infraconstitucionais (ordinárias e complementares), durante o período de 2008-2018. Levando em conta alguns critérios que foram observados com a catalogação dessas legislações, como, por exemplo, quantidade de leis Constitucionais e infraconstitucionais produzidas, pode-se chegar a conclusão de que, o Paraná, nesse período

de tempo, desempenhou uma proteção maior e mais efetiva ao direito do consumidor, se comparado com o Estado de Pernambuco.

Referências

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. **Teoria da Repartição de competências Legislativas Concorrentes**. Recife: Fasa, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A Federação e a revisão constitucional: as novas técnicas dos equilíbrios constitucionais, as relações financeiras, a cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, out\dez 1995.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os atos inconstitucionais**. 2ºed. Rio de Janeiro, Flores, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10º ed. São Paulo: Malheiros 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Carlos Sánchez Viamonte. **Manual de Derecho Constitucional**. 4ºed. São Paulo, Saraiva, 1958.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia- O guardião de promessas**. 2ºed. São Paulo, Revan, 1952.

HORTA, Raul Machado. **Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Competência legislativa concorrente dos Estados membros na Constituição de 1988**,. In Revista de informação Legislativa. Brasília, ano 26, nº101, jan.\mar. 1989.

LORENZETTO, Bruno Meneses. KOZICKI, Katya. **Constituindo a Constituição: entre paradoxos, razões e resultados**. Revista de Direito GV, São Paulo, 2015.

PARANÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70436/CE_Parana.pdf?sequence=11>. Acesso em: 3 de Out. 2017.

PERNAMBUCO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Pernambuco**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70449/CE_Pernambuco.pdf?sequence=2>. Acesso em: 3 Out. 2017.

ROMBOLI, Roberto. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. 1ºed. Belo Horizonte, Arraes Editores Ltda, 2015.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2º ed, Saraiva, 1987.

SARMENTO, Daniel. Neto, Cláudio Pereira de Souza. **Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da ultima palavra e alguns parâmetros de auto concentração judicial**. Vol.06, nº2.ISSN 1516-0351. DOI 10.12957/rqi.2013.9315. 2005.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2º ed.1998.

Parte VI

Igualdade, diferença e proteção de direitos

A gestação subrogada como meio para efetivação dos direitos reprodutivos aos casais homoafetivos masculinos

Bruna Tinoco de Melo

Guilherme da Camara Manço

Introdução

A Constituição Federal de 1988 assegura diversos direitos fundamentais a todo e qualquer cidadão sem discriminação de cor, sexo e raça, entre esses direitos, estão os direitos reprodutivos. Além disso, seguindo com a premissa de que o Direito deve acompanhar a realidade vivenciada pela sociedade, a Carta Magna tutela todos os tipos de entidades familiares.

Os casais homoafetivos masculinos, como entidade familiar, por óbvio, estão tutelados por esta garantia constitucional. Ocorre que, para que haja, de fato, o gozo dos direitos reprodutivos, em razão das suas limitações biológicas em relação à gestação de um filho, é necessário que se submetam às técnicas de reprodução assistidas, em especial à gestação subrogada, a qual permite a gestação de um filho em útero alheio, isto é, doado temporariamente.

No entanto, no Brasil, esta matéria de suma importância para a concretização do direito fundamental em questão, sequer é tratada pelo Direito, sendo regulada eticamente pela medicina através de resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM). Assim, a insegurança jurídica é uma clara característica do tema, deixando os casais homoafetivos masculinos

à mercê da discricionariedade de um órgão administrativo totalmente alheio ao Direito.

Sabe-se que qualquer alteração relacionada ao conceito de família ou filiação gera insegurança e incerteza nas pessoas, porém o Direito deve ser um suporte para que os avanços médico-científicos sejam aplicados como forma de concretizar os direitos constitucionais do indivíduo.

Desta forma, será analisada, através do método dedutivo e de leituras sobre a gravidez subrogada, a questão da sua regulamentação legal como meio para efetivação do direito reprodutivo previsto na Carta Magna aos casais homoafetivos masculinos, haja vista tal omissão legislativa apresentar uma agressão direta à esta entidade familiar.

1. Contexto histórico dos conceitos de família e filiação

É sabido que o conceito de filiação se relaciona diretamente com as mudanças sociais ocorridas em relação aos tipos de família e a ideia de parentalidade. Desde os tempos remotos, a visão patriarcal da sociedade determinava que a família seria proveniente do matrimônio e composta pela figura masculina, o pai; a figura feminina, a mãe; e a prole do casal, não sendo considerada família as uniões que se diferenciavam deste padrão. Logo, apura-se que a filiação estava ligada exclusivamente à origem genética (DNA).

Não obstante, ao longo da evolução histórica das sociedades, começaram a ser admitidos conceitos distintos do padrão tradicional de família, mediante a formação dos mais variados tipos de família, que não apenas advinham do matrimônio entre homem e mulher, mas também qualquer relação afetiva entre pessoas casadas ou não, bem como do mesmo sexo ou de sexo opostos.

Ademais, o conceito de parentalidade deixou de se basear apenas no critério biológico da filiação, ou seja, aquele em que a criança somente seria considerada filha se tivesse material genético dos pais em seu DNA. Com isso, passou a ser admitido o conceito de filiação socioafetiva, que

consiste em parentalidade baseada em afetividade, não precisando, portanto, a criança portar material genético dos pais para ser considerada da prole. Sobre o tema, assevera o civilista Paulo Lobo¹:

Projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Diante do contexto constitucional histórico brasileiro², a CF/1824, primeira do país, sequer dedicou algum dispositivo acerca da família. No entanto, a CF/1891 abordou apenas um único dispositivo sobre família, em que o país só reconheceria o casamento civil. Posteriormente, a CF/1934 tutelou a proteção à família, que era considerada como tal, apenas aquelas provenientes do casamento, e, ainda, tratou de temas como casamento e nascimento dos filhos, tendo este conceito se alastrado durante o tempo, o qual foi replicado nas demais constituições. Entretanto, com a promulgação da CF/1988, popularmente conhecida como a “Constituição Cidadã”, houve a tutela dos diferentes tipos de família, inclusive aquelas formadas por casais homoafetivos masculinos, extinguindo a ideia que família seria aquela somente advinda do casamento de pessoas de sexos distintos. (CASTANHO, 2012)

No atual texto constitucional a família é tida como a base da sociedade sendo a ela assegurada proteção especial por parte do Estado³, bem como entende-se que a entidade familiar pode ser formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 3, n. 12, jan-mar 2002, pp. 40-55.

²CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A família nas constituições brasileiras. ARGUMENTA - UENP bJACAREZINHO Nº 17 P. 181 - 204 2012

³BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2019

2. Os direitos reprodutivos

Os direitos reprodutivos, que estão no rol de direitos fundamentais, se estendem a toda e qualquer pessoa, independentemente de gênero ou orientação sexual, assegurando a cada indivíduo o exercício da sua liberdade de procriação, devendo o Estado, mediante políticas públicas, garantir a orientação e tratamento para aquelas pessoas que desejam procriar (BRASILEIRO, 2019)⁴.

Neste sentido, a civilista Mirian Ventura⁵ dispõe o seguinte:

Os direitos reprodutivos são constituídos por certos direitos humanos fundamentais, reconhecidos nas leis internacionais e nacionais. Além de leis, um conjunto de princípios normas e institutos jurídicos e medidas administrativas e judiciais possuem a função instrumental de fornecer direitos e obrigações, do Estado para o cidadão, em relação à reprodução e o exercício da sexualidade.

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo em 1994 foi legitimado um documento em que os países signatários, como é o caso do Brasil, deveriam seguir os princípios bases do referido documento e assegurar, desta forma, que todos os cidadãos tenham respeitados os seus direitos reprodutivos. Portanto, é dever do Estado brasileiro garantir aos seus cidadãos o pleno gozo dos direitos reprodutivos, erradicando, assim, toda forma de discriminação e preconceito que decorra da orientação sexual do indivíduo.⁶

Ademais, a CF/88 através de seu artigo 226, §7º positivou o planejamento familiar como um direito fundamental, o que corrobora o papel do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

⁴ BRASILEIRO, Luciana/ Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lobo, Gustavo Andrade (Coord.). Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo.- Belo Horizonte : Fórum, 2019.

⁵ VENTURA, Mirian. Direitos reprodutivos do Brasil; São Paulo; Câmara Brasileira de Livro; 2004; p.19

⁶ BRASILEIRO, Luciana/ Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lobo, Gustavo Andrade (Coord.). Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo.- Belo Horizonte : Fórum, 2019.

exercício do direito reprodutivo. Ressalta-se que a lei 2.263/1996 também dispõe sobre planejamento familiar, colocando à disposição os métodos de concepção desde que aceitos cientificamente desde que não coloque em risco a vida e saúde do indivíduo.

Neste sentido, a cartilha dos Princípios de Yogyakarta⁷, que dispõem sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, em seu princípio 24, versa sobre o direito de constituir família, assegurando que o Estado deve tomar medidas necessárias para garantir a todas as pessoas o direito de constituir família, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Veja-se:

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Desta forma, deve ser assegurada aos casais homoafetivos masculinos, por parte do Estado brasileiro, a concretização dos direitos reprodutivos garantidos constitucionalmente, por meio políticas públicas e, principalmente, da regulamentação das técnicas da medicina sobre a reprodução assistida que, com o seu avanço científico, permite a estes casais a oportunidade de terem efetivados seus direitos reprodutivos.

3. A gestação subrogada

Assim como o Direito acompanhou e tutelou as mudanças relacionadas à família e filiação, a medicina avançou bastante quanto o desenvolvimento de meios capazes de proporcionar aos diversos tipos de família o direito à maternidade e paternidade, concretizando, dessa forma,

⁷ CORRÊA, Sônia Onufer, MUNTARBHORN, Vitit. Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

o direito de formação de família à todas entidades familiares assegurado constitucionalmente⁸. (LAMM, 2017). Isso se tornou possível através das técnicas de reprodução humana assistida como é o caso da gestação subrogada, que permite a concretização dos direitos reprodutivos, previstos na atual Constituição brasileira, para todos os cidadãos, principalmente aos casais homoafetivos masculinos.

A gestação subrogada consiste na técnica de reprodução assistida em que uma mulher doa temporariamente o seu útero para permitir que um casal ou uma pessoa impossibilitada de gerar os seus filhos, possam exercer a maternidade e/ou paternidade por outro meio que não seja apenas a adoção, podendo inclusive, essa criança gerada em útero alheio, conter o próprio material genético do casal ou da pessoa.⁹

Para o biólogo José Roberto Goldim¹⁰:

A maternidade substitutiva ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente ou receber embriões transferidos, com a compreensão de que a criança que irá gestar, ao nascer, será criada pelas pessoas que propuserem esse procedimento. Algumas pessoas propõem que esse procedimento é semelhante a uma adoção pré-natal.

No Brasil, o Poder Legislativo se mantém inerte quanto a regulação das técnicas de reprodução assistidas. Tal inércia evidencia uma incongruência em relação às esferas constitucional e legislativa, haja vista a Constituição Federal assegurar a todo e qualquer cidadão a dignidade da pessoa humana, o direito à formação de família e os direitos reprodutivos, ao mesmo tempo em que não há lei alguma que propicie ou tutele meios capazes de efetivar tais direitos constitucionalmente garantidos.

Ante a ausência de regulamentação legal acerca do método de cessão do útero, o Conselho Federal de Medicina formulou uma resolução sobre

⁸ LAMM, Eleonora. Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución. Gac Sanit vol.31 no.6 Barcelona 2017

⁹ MOREIRA, John Avilés; "Gestación por Substitución: Cambios en el reconocimiento de la filiación" Sevilla. IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia, Vol. 2, Nº. 1, 2016, págs. 109-119

¹⁰ GOLDIM, José Roberto (org); SALGUEIRO, Jennifer Braathen; RAIMUNDO, Márcia Mocellin; MATTE, Ursula; BÔER, Ana Paula Kurz. Bioética e Espiritualidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

o tema, a fim de regular, ao menos, eticamente tal método de concepção, uma vez que esta técnica vem sendo utilizada corriqueiramente pelos profissionais médicos, mas o Direito não se encarregou de regulá-la.

A Resolução em vigor do CFM é a nº 2.168/2017, a qual regula de modo geral e ético as técnicas de reprodução assistidas. No tocante à gestação subrogada dispõe que as doadoras temporárias do útero devem ter parentesco de até 4º (quarto) grau com algum membro do casal ou caso não haja algum parente disponível que preencha este requisito, é necessário que seja submetido o caso ao Conselho Regional de Medicina onde farão o procedimento para que este emita um parecer favorável ou não sobre o caso. Além disso, a referida resolução veda completamente a onerosidade no procedimento.

Tais imposições dificultam bastante a realização da gestação por substituição, além de apresentar uma afronta à autonomia da vontade juridicamente tutelada, pois caso o casal não possua uma parente que se enquadre nos devidos requisitos, ou que tenha parente enquadrada nesta regra, mas que não esteja disposta a passar por este procedimento, terá que se submeter a burocrática e incerta autorização de tal Conselho para que a doadora não seja membro da família.

Vale ressaltar que as medidas tomadas pelos Conselhos de Medicina, tanto o Federal quanto os Regionais, acerca da gestação subrogada, a partir da emissão de pareceres de casos concretos e resoluções servem de baliza para o procedimento, no entanto não são suficientes para consumir os direitos supracitados. Tampouco, possuem efeitos de lei¹¹.

Partindo-se da premissa que a prática legal de tal técnica de reprodução humana é o meio para efetivação dos direitos da procriação e livre planejamento familiar, o legislador deve propiciar meios jurídicos para que os casais homoafetivos masculinos tenham a oportunidade de gozar de seus direitos respaldados por uma segurança jurídica que permita e regule procedimento da gravidez subrogada no Brasil.

¹¹ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes, OLIVEIRA, Tatiane Regina. REQUISITOS E DEVERES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. Ensaios da USF, 2018

Diante das restrições há grande dificuldade destes casais conseguirem uma doadora de útero, o que resulta na constante busca pela efetivação dos seus direitos através de meios alternativos, como é o caso dos grupos formados em redes sociais como o “Facebook”¹² que são formados por pessoas ou casais interessados na gestação subrogada e mulheres dispostas a doar temporariamente seu útero.

Apesar das regras disciplinadas pelo Conselho Federal de Medicina que vedam a comercialização e onerosidade da gravidez subrogada, inúmeras são as ofertas de mulheres disponibilizam seus úteros temporariamente mediante acordo oneroso.

Resta evidente a necessidade de o Estado legislar acerca das técnicas de reprodução assistidas que concretizam os direitos reprodutivos inerentes a diversidade de formas de família, contemplando aquelas que não advêm da descendência ou do casamento, a fim de garantir que nenhuma família seja discriminada em função de sua orientação sexual e de que os direitos de parceiros do mesmo sexo estejam em equidade de direitos em relação aos parceiros de sexos diferentes, independentemente da existência ou não do matrimônio. Assegurando, dessa forma, a dignidade de pessoa humana para todo e qualquer tipo de entidade familiar.

Infere-se, portanto, a importância de regulamentação legal a fim de que os casais homoafetivos masculinos exerçam plenamente o direito de reprodução ao mesmo passo em que as mulheres não tenham seus direitos reprodutivos explorados.

4. Os casais homoafetivos masculinos e a gestação subrogada

Por óbvio, os casais homoafetivos masculinos possuem uma limitação biológica quanto a reprodução de seus filhos, uma vez que, biologicamente, são incapazes de gera-los sozinhos. Caso respeitassem

¹² Barriga de aluguel, solidária e coparentalidade. Disponível em < <https://www.facebook.com/groups/271864476523715/> > Acessado em 18 de dezembro de 2019

exclusivamente à lei da natureza, apenas através da adoção poderiam exercer seu direito à formação de família, bem como seriam impedidos de gozar dos direitos reprodutivos, ambos constitucionalmente reconhecidos.

No ano de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal¹³ trouxeram uma grande inovação ao direito de família, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Tal reconhecimento caracterizou uma grande evolução ao direito brasileiro, asseverando aos casais homoafetivos a dignidade da pessoa humana garantida constitucionalmente.

Sobre a dignidade da pessoa humana, a civilista Maria Berenice Dias¹⁴ trata:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Nesse contexto, é que se revela a importância das técnicas de reprodução assistida, especialmente a técnica da gestação por substituição. Isso porque, esses casais homoafetivos masculinos terão a possibilidade de formarem suas famílias, podendo seus descendentes, inclusive, serem portadores do seu material genético, exercendo, desta forma, os seus direitos reprodutivos e de livre planejamento familiar.

Nesse contexto, o Instituto Procriar¹⁵ de Medicina Reprodutiva trata:

¹³ Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acessado em 05 de janeiro de 2020.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família. 5ª ed. rev. atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁵ Fertilização in vitro para Casais Homoafetivos. < <http://www.procriar.com.br/fertilizacaoin-vitro-para-casais-homoafetivos>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

Para os casais masculinos, a FIV é a única opção e a situação um pouco mais complexa. Eles deverão encontrar uma mulher na família para ceder o útero e levar adiante a gestação. O óvulo será obtido de uma doadora anônima e o casal decide entre eles quem fornecerá os espermatozoides para a FIV.

Além disso, é importante ressaltar que por meio da cessão temporária de útero fica assegurada a estes casais, também, a dignidade da pessoa humana, pois as suas limitações biológicas foram superadas com o avanço das áreas do direito e da medicina. Portanto, os casais homoafetivos masculinos podem exercer seus direitos constitucionalmente garantidos, sem distinção em relação aos seus semelhantes.

5. Conclusão

A atual Constituição brasileira (CF/88) garante o direito reprodutivo para todos os cidadãos brasileiros, não obstante, na prática, ainda há muitas barreiras a serem superadas para que tal direito seja concretizado, visto que sequer há regulamentação legal sobre a matéria de gravidez subrogada. Diante disso, os casais homoafetivos masculinos ficam à mercê da discricionariedade administrativa do Conselho Federal de Medicina, que é o único órgão que regula, ainda que eticamente, esta técnica de Reprodução Humana Assistida.

Neste sentido, a fim de haja de fato a efetivação do direito de reprodução garantido constitucionalmente a toda e qualquer pessoa, é preciso que o Poder Legislativo crie dispositivos legais e políticas públicas acerca da técnica de gravidez subrogada para que exista segurança jurídica sobre o assunto.

Como visto, a gestação por substituição é a técnica reprodutiva em que os casais homoafetivos masculinos encontram a oportunidade de construir uma família com filhos, que, inclusive, poderão ter seus próprios materiais genéticos e, assim, exercerem de fato os seus direitos reprodutivos.

Resta claro, assim, a importância social e isonômica da técnica de gestação subrogada, sendo necessária sua urgente regulamentação, com base nos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, haja vista este modo de reprodução assistida ser capaz de superar as barreiras que os casais homoafetivos masculinos encontram para exercerem seus direitos reprodutivos constitucionalmente garantidos.

Afinal, o direito é uma ferramenta que serve como meio de solução de problemas da sociedade, a qual está em constante mudança, não podendo o legislativo brasileiro olvidar questões importantes, como é o caso da efetivação dos direitos reprodutivos dos casais homoafetivos masculinos.

Referências

Barriga de aluguel, solidária e coparentalidade. Disponível em <https://www.facebook.com/groups/271864476523715/> Acessado em 18 de dezembro de 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

BRASILEIRO, Luciana/ Marcos Ehrhardt Júnior, Fabíola Albuquerque Lobo, Gustavo Andrade (Coord.). **Direito das relações familiares contemporâneas: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo.**- Belo Horizonte : Fórum, 2019.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **A família nas constituições brasileiras. ARGUMENTA** - UENP JACAREZINHO Nº 17 P. 181 - 204 2012

CORRÊA, Sônia Onufer, MUNTARBHORN, Vitit. **Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf . Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Fertilização in vitro para Casais Homoafetivos. <http://www.procriar.com.br/fertilizacao-in-vitro-para-casais-homoafetivos>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

GARCIA, Cristiano Pereira Moraes, OLIVEIRA, Tatiane Regina. **REQUISITOS E DEVERES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**. Ensaio da USF, 2018

GOLDIM, José Roberto (org); SALGUEIRO, Jennifer Braathen; RAIMUNDO, Márcia Mocellin; MATTE, Ursula; BÔER, Ana Paula Kurz. **Bioética e Espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

LAMM, Eleonora. **Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución**. Gac Sanit vol.31 no.6 Barcelona 2017

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 3, n. 12, jan-mar 2002, pp. 40-55.

MOREIRA, John Avilés; **Gestación por Substitución: Cambios em el reconocimnto de la filiación**. Sevilla. IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia, Vol. 2, Nº. 1, 2016, págs. 109-119

Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> Acessado em 05 de janeiro de 2020.

Ventura, Mirian. **Direitos reprodutivos do Brasil**; São Paulo; Câmara Brasileira de Livro; 2004; p.19

Diferença, igualdade, inclusão e a proteção constitucional dos adolescentes em conflito com a lei

*Daniele Medeiros Pereira*¹

Introdução

Tratar de adolescentes em conflito com a lei constitui um desafio, principalmente porque existem muitas ideias deturpadas relativas a estes adolescentes. Difunde-se que a maioria dos atos infracionais praticados por eles referem-se a atos violentos e que o aumento da violência ocorre devido a estas infrações. Contudo, em relatório do Conselho Nacional dos Direitos Humanos do ano de 2016 que tratou sobre a situação do sistema socioeducativo de Pernambuco no âmbito das pessoas em situação de privação de liberdade, constatou-se que a maioria dos atos infracionais praticados se referem a furto, roubo e tráfico². Em regra, esses dados refletem também a situação geral no país, todavia, em alguns estados da federação poderão ter índices maiores da prática de atos infracionais cometidos com violência ou grave ameaça, diferentes destes apontados, no entanto, não é um fato a ser generalizado, pois é justamente onde se origina o problema: a generalização.

¹ Advogada, Mestranda vinculada à linha de Jurisdição, Processo, Cidadania e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco e em Direito Civil pela UNISEB. E-mail: dany84medeiros@yahoo.com.br

² CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o Sistema Socioeducativo do Estado de Pernambuco: 2016*. Brasília, 2017. p. 09.

A mídia enfoca com maior veemência os atos violentos quando praticados por adolescentes, de forma a produzir mais repulsa social, fazendo com que projetos como o da redução da maioridade penal sejam interpretados como solução para a questão da violência juvenil. Grande parte das narrativas negativas relacionadas a adolescentes em conflito com a lei partem de visões preconceituosas e superficiais, daí a importância de aprofundamento da temática no sentido de esclarecer na medida do possível, neste breve estudo, que as ações a serem desenvolvidas a fim de se inibir a prática infracional precisam ser de cunho preventivas, a começar conferindo os direitos elencados no art. 227 da Constituição Federal (direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária), consagrados pela doutrina da proteção integral. O sistema público deve ir de encontro a estes adolescentes pela perspectiva de direitos e não ao contrário, como vem ocorrendo, através da via da infração, em que o sistema de justiça passa a exercer o controle da vida destes adolescentes e jovens que infracionam.

1. Diferença na pluralidade

Adolescentes em conflito com a lei costumam ser categorizados e excluídos de projetos que ampliem direitos, refletindo aquela antiga configuração de que o diferente deve ser excluído e não incluído, uma vez que representa o lado mal, algo a parte da sociedade, que está “fora”, não mais pertencente. Contudo, sabe-se que estes adolescentes em sua grande maioria foram vítimas de graves violações em seus direitos básicos, antes mesmo da prática infracional, e continuam a suportar tais violações durante o cumprimento da medida socioeducativa de internação.

O próprio modelo de cumprimento da medida socioeducativa de internação já se mostra degradante, pois a privação de liberdade para a vida de adolescentes, sem sombra de dúvidas é capaz de alterar profundamente toda a dinâmica pessoal, social, familiar e comunitária.

Em regra, distúrbios psicológicos figuram como efeitos deste modelo punitivo. O último relatório apresentado pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos e já citado neste texto apresenta dados quantitativos sobre a reincidência de adolescentes e jovens submetidos a medida socioeducativa de internação. A reincidência está presente em 56%, enquanto a não reincidência atinge a marca de 44% (06 unidades analisadas).³ Tais dados reforçam o entendimento de que o atual modelo não está ressocializando nossos adolescentes e jovens. Ansiamos que estes dados tenham melhorado ao longo de quase 04 anos. Rebeliões de graves proporções que culminaram em mortes não foram registradas há mais de 2 anos, o que demonstra de certa forma esforços da Fundação de Atendimento Socioeducativo - FUNASE em Pernambuco na garantia de direitos e no objetivo de ressocialização. Recentemente, a unidade socioeducativa de Abreu e Lima, que foi palco de diversas rebeliões e mortes foi desativada, pois se encontrava em localização anexa a um presídio, o que contraria a lei e não favorecia o processo pedagógico.⁴

Em relação a aplicação da medida socioeducativa de internação, o art. 227, §3º, V, da CF, traz em seu texto, princípios norteadores da aplicação desta medida, considerada a mais gravosa dentre o rol previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois priva o adolescente de sua liberdade, suprimindo um direito que se mostra fundamental para o ser humano, daí o caráter de excepcionalidade e brevidade. No momento em que a medida de internação é aplicada, o Estado passa a ser o executor dessa medida e o responsável pelo direcionamento do atendimento individual de cada adolescente, ou seja, a vida destes dependem integralmente do que é ofertado e assegurado no âmbito das instituições que em nome do Estado executam a medida de internação. Adolescentes em conflito com a lei devem ser tratados como prioridade pelo Governo e sociedade, pois o ato de desobediência a lei normalmente reflete problemas sociais. A infração

³ CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 24.

⁴ GOVERNO fecha unidade da Funase em Abreu e Lima. *Diário de Pernambuco*, Recife, 27 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/01/governo-fecha-unidade-da-funase-em-abreu-e-lima.html>. Acesso em 28.01.2020.

juvenil representa uma quebra nas relações humanas que atinge pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O tecido social deve ser refeito através do reconhecimento de que o diferente faz parte do todo, assim é necessário assegurar oportunidades de gozo de direitos.

Diante desse contexto, trabalhar a diferença torna-se fundamental, todavia, é necessário entender a diferença por diversos ângulos. No decorrer do texto apresento aspectos importantes sobre a ideia de diferença trabalhada por Galupo e Marcelo Neves.

A luta por reconhecimento num mundo de diferenças constitui um desafio para o Estado e para a Nação diante da globalização. Conviver com as diferenças realmente é algo desafiador, entender que apesar de diferentes, as oportunidades devem ser estendidas a todos, convoca o Estado a um dever do qual não pode se eximir, ou seja, o dever de promover o bem de todos, conforme preconizado no art. 3º, IV da Constituição Federal. Dessa forma, diante da pluralidade é que afirma-se a ideia da luta pelo reconhecimento.

Ao longo dos anos acompanhamos diversas lutas por igualdade de gênero, racial, direito a um meio ambiente saudável, reconhecimento dos animais enquanto seres e não objetos, direito à saúde, a uma vida digna, etc., sendo travadas nas mais diversas esferas. A cada dia mais lutas vêm surgindo, e por mais que tais direitos carreguem a característica da mutabilidade, é fato que boa parte do que se pleiteia já fora reconhecido ao menos no papel. Assim, entendemos que a luta por reconhecimento pode também ser traduzida no plano de luta por efetivação de direitos.

Direito para os diferentes, essa é a palavra de ordem! Quando falamos de diferença temos que pensar no dever de respeito com aquele/aquela que é diferente, contudo, há outro aspecto que deve ser levado em consideração é que a diferença torna possível o alcance da igualdade.

Galuppo afirma:

Exatamente porque o termo identidade e igualdade não são sinônimos, a discriminação não é necessariamente atentatória da igualdade. Discriminar significa diferenciar, e diferença é termo que se liga, como antônimo, à

identidade (e não à igualdade). A discriminação é compatível com igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade⁵

Quantas críticas negativas já ouvimos a respeito das políticas de ações afirmativas? Inúmeras pessoas pensam que tratar dos diferentes de modo desigual leva a uma valoração de determinadas pessoas em detrimento de outras, o que de certa forma, sob esse ângulo, aparentaria uma desvantagem para os que não se encaixam no perfil de tais políticas afirmativas. Contudo, as políticas de ações afirmativas vêm para corrigir desequilíbrios de anos, que são capazes de impedir o acesso a direitos já reconhecidos. Marcelo Neves afirma que “é exatamente pela presença da discriminação social negativa, implicando mesmo obstáculos reais ao exercício de direitos, que se justifica a discriminação jurídica afirmativa em favor de determinados grupos e indivíduo”.⁶

Outra questão que merece ser tratada é sobre a fragmentação que ocorre na luta pelo reconhecimento da diferença. José Alves, nos alerta sobre o uso abusivo do direito a diferença, que leva as pessoas a “encarar as diferenças como superiores ao universal, o comunitário ou o meramente grupal acima do simplesmente humano”.⁷ A diferença não deve ser construída como um valor absoluto, pois o resultado almejado poderá ser contrário ao que se espera, levando a rejeição do “diferente”.

2. Igualdade e justiça

Ao tratarmos de crianças e adolescentes a Constituição Federal assegura a **prioridade absoluta dos direitos e melhor interesse**, sob

⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *O Princípio Jurídico da Igualdade no contexto do estado democrático de direito: Uma perspectiva habermasiana*. In: _____ *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

⁶ NEVES, Marcelo. “Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa”. In: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea*. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UnB, 2001, p. 339.

⁷ ALVES, J. A Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 14.

qualquer situação, de forma a encontrar a melhor alternativa que garanta os interesses da criança e do adolescente sempre em primeiro lugar. Nesse aspecto a norma constitucional está tratando desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. E como assevera Galuppo, “não há nada necessariamente atentatório ao princípio da Igualdade”.⁸ Para Neves, “o princípio da igualdade surge exatamente como forma de neutralizar as desigualdades no âmbito dos direitos”.⁹

Nestes tempos pós modernos, fenômenos como a globalização, que de fato tem sua ótica positiva, mas acaba por ditar padrões de vida acessível a poucos, influenciada diretamente pelo capitalismo impacta consideravelmente a vida de diversas pessoas que não se encontram nesses padrões. José Alves assevera que “É de se notar o quanto as tendências econômicas e as inovações tecnológicas têm custado em matéria de instabilidade, desemprego e exclusão social”.¹⁰

A maioria desses adolescentes que se encontram privados de liberdade em instituições socioeducativas foram vítimas da omissão estatal, no que tange às políticas públicas de inclusão, entrando no sistema não pela perspectiva de direitos, mas pela via infracional. E assim, muitos sequer se preocupam em trocar as lentes para observar o adolescente em conflito sob outras perspectivas. Não se trata de querer justificar a infração, mas apenas afirmar que as razões que levam adolescentes a infringir a lei passam por diversas esferas, inclusive, pela negativa de direitos. Ao contrário do que se pensa, privar adolescentes e colocá-los trancafiados não é fazer justiça. Para Marcelo Neves:

A justiça não pode se reduzir a um universalismo moral individualista, não é um atributo exclusivo do liberalismo. Ela afirma-se enquanto é sensível à diferença, sendo esta compreendida aqui não apenas como diferença de

⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *O Princípio Jurídico da Igualdade no contexto do estado democrático de direito: Uma perspectiva habermasiana*. In: _____ *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

⁹ NEVES, Marcelo. “Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa”. In: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea*. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UnB, 2001, p. 333.

¹⁰ ALVES, J. A Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 51.

valores coletivos ou mesmo individuais, mas também como diferença de esferas de comunicação.¹¹

Assim, a justiça traz em si essa preocupação com o diferente, ligando-se inexoravelmente ao princípio da igualdade. A própria imagem simbólica da justiça, representada pela deusa Têmis, que aparece de olhos vendados e com uma balança na mão, ratifica essa importante ligação entre justiça e igualdade. A igualdade que tratamos nesse texto, é no sentido de que todas as pessoas devem poder exercer seus direitos sem empecilhos de qualquer natureza, ao mesmo tempo em que possam ter disponíveis as mesmas oportunidades de ação nas mais diversas esferas de comunicação. Não se pode negar a diferença, pois nos constituímos a partir dela. “Nesse sentido, o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza respeito recíproco e simétrico às diferenças”.¹²

A proteção constitucional do art. 227 deve ser garantida aos adolescentes em conflito com a lei, mesmo que estes se encontrem em situação de cumprimento de medidas socioeducativas. Portanto, o rol de direitos ali estabelecidos a estes se estendem, inclusive, são apresentados com outra roupagem nos arts. 124 e 125 do ECA, ao dispor sobre os direitos dos adolescentes privados de liberdade. Garantir direitos em meio às diferenças é um dever do Estado Democrático de Direito. Marcelo Neves afirma que:

O modelo jurídico-político que se tem apresentado mais satisfatório para a promoção da justiça como igualdade na sociedade complexa de hoje é o Estado Democrático de direito. É ele que dispõe dos mecanismos e procedimentos mais apropriados ao tratamento igual/desigual juridicamente consistente e socialmente adequado.¹³

O Estado Democrático de Direito apresenta diversas falhas, inclusive, na promoção de direitos, uma vez que por ser em tese o governo da

¹¹ NEVES, op. cit., p. 330.

¹² NEVES, op. cit. p. 334.

¹³ Ibid., p.348.

maioria, acaba por invisibilizar direitos de pessoas que não estão representadas nessa maioria, ou seja, várias minorias padecem de representatividade nos centros de poder, sendo este um grave problema das democracias. Podemos citar, parcelas da população que apesar de serem tidas como “minorias” são formadas por inúmeras pessoas, por exemplo: mulheres; negros; índios, LGBT’s, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência etc. Portanto, não podemos desprezar a luta dessas classes no sistema democrático, pois invisibilizá-las é retirar-lhes o status de cidadãos.

3. Cidadania como processo de inclusão

Sem cidadania não há direito, pois todo cidadão tem direito ao gozo de direitos. Habermas se posiciona no sentido de que “A progressiva inclusão da população no status de cidadãos não apenas abre para o estado uma fonte secular de legitimação, mas também produz o novo patamar para uma integração social abstrata, juridicamente mediada”.¹⁴

Adolescentes em conflito com a lei precisam de integração social, o sentimento de pertencimento gera no ser força e autoestima para superação de problemas. Tratar esses adolescentes com igualdade, justiça e dignidade é necessidade de suma importância. O processo de inclusão deve ser capaz de promover a independência do indivíduo e o capacitar a assumir suas responsabilidades, ao invés de colocá-lo dentro de uma espécie de depósito social. A proposta de Habermas contra a exclusão sistemática é na defesa de que a política própria da democracia deve ser dirigida na direção da “inclusão do outro”.¹⁵

No livro *a Inclusão do Outro*, Habermas afirma que o processo de inclusão deve ser realizado com sensibilidade para as diferenças. De fato, vislumbro que a realização desse tipo de inclusão é capaz de alcançar

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Inserção – Inclusão ou confinamento? In: _____ A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 151.

¹⁵ FREITAS, Carolina Nunes de; COURA, Alexandre de Castro. *A teoria Habermasiana da Inclusão do Outro e a Interação Compulsória*. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em 10.01.2020.

positivamente várias pessoas, garantindo assim, direitos que estão protegidos internamente e reconhecidos internacionalmente. Vejamos:

Mas quando estas (sociedade pluralistas) estão organizadas como Estados Democráticos de direito, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão com sensibilidade para as diferenças: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão da autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias.¹⁶

A ausência do reconhecimento do princípio da Igualdade remete nossa memória a lembrar de um episódio lamentável ocorrido no passado que constitui uma das grandes manchas da humanidade, o holocausto, executado pelo regime Nazista, em que o diferente era visto como ameaça e que deveria ser combatido. A estratégia utilizada pelo regime nazista foi justamente suprimir direitos, retirando o status de cidadão daqueles que eram perseguidos. Sem cidadania, tornavam-se apátridas, ou seja, a escória, que não podiam gozar nenhum direito, justificando assim, a dominação. Dessa forma, muitas pessoas foram vítimas das atrocidades desse período, tais como: judeus, deficientes físicos e mentais, negros, ciganos, homossexuais, poloneses etc. Entretanto, a maior parte dos perseguidos e mortos foram os judeus. Estima-se que aproximadamente 6 milhões de judeus foram mortos enquanto perdurou o regime nazista¹⁷.

A humanidade precisa relembrar a história do Nazismo para que nunca mais volte a cometer os mesmos erros do passado. No entanto, quando observamos ao longo dessa década o surgimento de diversos movimentos que buscam negar o diferente e suprimir direitos, nos amedrontamos com o futuro que nos aguarda. A questão dos refugiados, que vem se tornando um problema de ordem mundial, inclusive, bem

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Inserção – Inclusão ou confinamento? In: _____ A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 166.

¹⁷ VÍTIMAS do período nazista. *Ushmm.org*. Disponível em <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/victims-of-the-nazi-era-nazi-racial-ideology>. Acesso em 10.01.2020.

próximo a nós, no estado de Roraima, temos centenas de venezuelanos que cruzaram a fronteira e hoje estão em solo brasileiro. Notícias relatam que a maioria destes refugiados estão vivendo em situação precária, mesmo estando amparados pela legislação específica que em regra, garantiria-lhes direitos. Neste contexto, surgem questões das mais diversas áreas: como acolher o estrangeiro? Como garantir-lhes direitos? Infelizmente, esse fluxo migratório fez com que vários casos de xenofobia fossem registrados no país. A ideia de igualdade continua a perder força, mesmo quando se sabe o que pode ocasionar e quão perigoso é deixar isto ocorrer.

Um caso no Brasil que tem preocupado a ONU é a situação dos indígenas Venezuelanos, principalmente os da etnia waraos, que é a segunda maior população indígena da Venezuela, que se encontram em dois abrigos no Amazonas, totalizando cerca de 754 índios, cujo processo de adaptabilidade está sendo muito difícil, levando em consideração a língua e seus costumes culturais próprios. Se encontram numa situação bastante complicada, pois não são tidos como refugiados, o que não possibilita usufruir sequer dos serviços públicos.¹⁸

Assim, através da cidadania e do reconhecimento do princípio da igualdade é que as diferenças poderão ser superadas, no sentido de transpor barreiras que culminam em negação de direitos.

Nesse sentido, só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática (...) só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender com uma sociedade democrática (Habermas), mesmo que tais projetos alternativos requeiram, em algumas situações, uma aplicação aritmeticamente desigual do direito (ou seja, justificados pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa).¹⁹

¹⁸ ONU: situação de índios venezuelanos. *VEJA*, 03.09.19. Disponível em <https://veja.abril.com.br/mundo/onu-situacao-de-indios-venezuelanos-no-brasil-e-tragica/>. Acesso em 15.01.2020.

¹⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. *O Princípio Jurídico da Igualdade no contexto do estado democrático de direito: Uma perspectiva habermasiana*. In: _____ *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 210.

Conforme dito anteriormente, o art. 227 da Constituição Federal, prevê um rol de direitos conferidos as crianças e adolescentes, vejamos o texto:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;²⁰

O §3º, inciso V, aborda especificamente as diretrizes para aplicação da medida socioeducativa de internação. Dessa forma, o artigo se dirige especialmente aos Magistrados ao aplicarem a medida socioeducativa de internação e ao Ministério Público quando ofertarem a Representação contra o adolescente opinando pela aplicação da medida de internação. O inciso V ratifica aquilo que já é tão debatido, ou seja, que o encarceramento traz mais prejuízos do que benefícios, principalmente ao expor adolescentes considerados em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento a um modelo que fracassa em vários aspectos. O legislador demonstrou tamanha preocupação com o fato da aplicação da medida de internação, que concedeu status constitucional ao tema, delimitando através de princípios sua aplicabilidade. O primeiro princípio refere-se a brevidade, por ser uma intervenção bastante danosa, deve ser aplicada apenas pelo tempo mínimo necessário ao cumprimento de seu propósito. O segundo princípio trata da excepcionalidade, ou seja, a medida só deve ser aplicada quando as outras medidas não puderem ser

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15.01.2020.

aplicadas e somente nos casos previstos em lei. O ECA trata do tema no art.122, *in verbis*:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal. (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide)

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.²¹

Portanto, os aplicadores da lei devem ficar atentos a prescrição constitucional que determina obediência a tais princípios, pois em uma simples análise de processos de adolescentes internados, observa-se que houve a atuação do Ministério Público pugnando pela aplicação de tal medida mesmo para atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça, desprezando assim, o princípio da excepcionalidade. Em contrapartida, encontramos a figura do juiz, que após aplicar a medida de internação e determinar suas reavaliações, insiste em não substituir a medida por outra de restrição de liberdade ou em meio aberto, mesmo após relatório multidisciplinar elaborado pela equipe técnica que acompanha o adolescente no qual é sugerido a substituição da medida, afrontando assim ao princípio da brevidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Decisões e atitudes como estas colocam em risco a vida de muitos adolescentes, que acabam sendo vitimados pelo cárcere.

Como em várias unidades socioeducativas não há a separação por idade e ato infracional, um adolescente que entra no sistema por atos não violentos passa a conviver com adolescentes que praticaram atos violentos,

²¹ BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 15.01.2020.

dessa forma, há um comprometimento e até podemos falar de uma “contaminação” em relação ao adolescente que infracionou por atos leves. Isto sem contar com a exposição a espancamentos, torturas, doenças, estupros, além do risco iminente de morte. Nesse contexto, trago trecho do depoimento de um pai de um adolescente que se encontrava em cumprimento da medida socioeducativa de internação, cujo registro está no último relatório sobre o sistema socioeducativo de Pernambuco elaborado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos:

Merece registro o depoimento de Paulo, pai de um dos adolescentes assassinados (que foi queimado vivo) na unidade de Timbaúba. Um relato que causou comoção, dada à brutalidade dos fatos narrados. Segundo o pai, seu filho estava internado há dois meses (acusação de furto de celular), fugiu, se entregou e ao voltar para a internação foi espancado brutalmente pelos agentes.

Após uma semana do fato, a mãe foi visitá-lo e o mesmo estava sem poder andar, “se arrastava de quatro pés”, tal a gravidade dos ferimentos. Sofreu uma tentativa de estupro quando estava na unidade de Abreu e Lima. Segundo Paulo, a juíza e a direção fugiram da responsabilidade, devolvendo-o para a família. Para o pai, “quem manda nas unidades são os adolescentes”. Muito emocionado, Paulo concluiu que o Estado assassinou seu filho, o entregou de volta para família, queimado.²²

Infelizmente essa narrativa não se trata de um caso isolado, mas de situações que continuam a ocorrer nas unidades socioeducativas, portanto, incumbe ao Ministério Público e ao Juiz atentarem para as questões já discutidas aqui, com responsabilidade, pois são vidas que figuram nesse contexto.

4. Democracia inclusiva

Diante do que estamos a discutir até o momento, questiona-se como tornar possível a igualdade através da inclusão de minorias (adolescentes

²² CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o Sistema Socioeducativo do Estado de Pernambuco*: 2016. Brasília, 2017. p. 04-05.

em conflito com a lei) diante da diversidade e da democracia que insiste em produzir exclusão?

Para Habermas a resposta a essa indagação pode ser obtida através do estudo da sua Teoria da Ação Comunicativa, que segundo o autor, tem por base a linguagem, que para ele é o mecanismo responsável pela produção da integração social, sendo este “o único meio apto para coordenar os planos individuais de ação de cada pessoa. (Habermas, 1989:41)(Moreira, 1999: 121 et. seq.)”.²³

Assim, a integração é ameaçada quando cada pessoa decide realizar seu plano individual de ação, sem necessariamente se preocupar com os demais planos, o que elimina o esforço cooperativo que para o autor, caracteriza a sociedade. A forma de se evitar essa desintegração é recorrendo-se à ação instrumental, mais propriamente à ação estratégica ou recorrendo-se ao agir comunicativo, chamado de discurso. Agir comunicativo é aquele que pode ser fundamentado racionalmente e puder convencer, ou seja, produzir consenso; já o agir instrumental (Habermas, 1994d: I, 34 et seq.) é aquele que utiliza o instrumento para alcançar uma finalidade.²⁴

A confiabilidade do saber nesse tipo de agir consiste no fato de o meio escolhido conduzir eficazmente ao fim desejado. Ao tratar de ação estratégica, Habermas conceitua como “aquele tipo de ação instrumental em que uma pessoa, sem seu agir, utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso pessoal)”.²⁵

O que difere do agir comunicativo, em que uma pessoa em sua ação procura convencer a outra de suas pretensões através da fala (comunicar), a fim de produzir o consenso, sendo necessário transparência no comportamento do agente.²⁶

²³ GALUPPO, Marcelo Campos. *A teoria do agir comunicativo, a integração social e a autocompreensão da sociedade*. In: _____ *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 117.

²⁴ *Ibid.*, p. 122-123.

²⁵ *Ibid.*, p.124.

²⁶ *Ibid.*, p. 125.

Habermas enfatiza que “o discurso é o meio através do qual as pretensões criticadas (ou criticáveis) podem ser universalizadas, ou seja, aceitas por todos os envolvidos, se estes se convencerem da sua verdade ou correção”. Para o autor, somente na ação comunicativa “se interrompe a teleologia dos planos individuais de ação e das operações realizadoras, através do mecanismo de entendimento que é o coordenador da ação”. (Habermas, 1990b:130) (...)“É o entendimento que realiza a integração social por intermédio do meio linguístico e do telos da produção do consenso”.²⁷

Como forma de superar a crise do Estado do bem-estar e a ofensa aos direitos humanos, o autor sugere um “projeto” que seja capaz de transferir as funções que, os Estados sociais assumiram no âmbito nacional para a construção de um regime global de bem-estar. Em relação às ofensas aos direitos humanos, ele manifesta-se favorável à chamada “intervenção humanitária” e propõe que a mesma seja legítima mediante a institucionalização de procedimentos jurídicos no plano das organizações internacionais.²⁸

O doutrinador Marcelo Neves tece uma crítica a Habermas, pois para ele a esfera pública é arena do dissenso (estrutural em torno de valores, interesses, expectativas normativas e discursos).

Os procedimentos do Estado democrático de direito não se legitimam enquanto pretendem negar esse dissenso ou buscar um consenso em torno desses valores, interesses, expectativas e discursos. Eles não se destinam, de um ponto de vista normativo mesmo, à busca de um consenso, tal como propõe a teoria Habermesiana do discurso – fundada na teoria da ação comunicativa como ação orientada para o entendimento intersubjetivo. A legitimação que advém da esfera pública não resulta do consenso em torno do resultado dos procedimentos, seja esse consenso suposto, fático ou hipotético-racional. O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a

²⁷ Ibid., p. 133.

²⁸ NEVES, Marcelo. *Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa*. In: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea*. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UnB, 2001, p. 357.

diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados. Nesse sentido, o que se impõe (deve-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais.²⁹

Destarte, para Neves o importante é que haja uma abertura dos procedimentos constitucionais de forma a abranger o maior número possível de pessoas que possam utilizá-los, contemplando assim, a pluralidade. Somente nesse ponto existe consenso. Assim, os procedimentos constitucionais devem estar abertos para demandas dos adolescentes em conflito com a lei, crianças, negros, mulheres, idosos, deficientes, LGBTs, indígenas, etc. Em vista disso, o processo de inclusão pode se realizar, a partir do momento em que o princípio da igualdade é efetivado em esferas de poder com a garantia do livre acesso ao aparato jurídico estatal.

A importância da garantia desse acesso se dá pelo fato de que é justamente nesses espaços que a transformação pode ocorrer, pois boa parte dos direitos reconhecidos para as diversas categorias dependem de um agir que em regra é prestacional, cujo o executor é o Estado. Ademais, é justamente nesse espaço que os direitos ganham visibilidade e passam a estar resguardados de alguma forma pelo manto da legalidade. Evidentemente que o reconhecimento legal não implica necessariamente em efetividade de direitos. Contudo, não se pode desprezar o papel que a Constituição, leis e outras espécies normativas exercem na salvaguarda de direitos. Portanto, considero fundamental e legitimador que haja o reconhecimento legal, para ser possível realizar cobranças de efetivação ou violações de direitos.

Sobre a inclusão de minorias o autor Peter Harbele, traz uma visão aberta da interpretação da Constituição, o que se coaduna perfeitamente com os demais autores. Para ele a interpretação Constitucional passou muito tempo como um modelo de interpretação fechado, concentrada

²⁹ Ibid., p. 352.

primariamente nos juízes e nos procedimentos formalizados. Assim, propõe a tese no sentido de se alargar o rol de intérpretes da constituição (órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos). Considera esses demais intérpretes como forças produtivas de interpretação, ou seja, intérpretes constitucionais em sentido lato. Contudo, reafirma, a responsabilidade da jurisdição constitucional, como detentora da última palavra sobre a interpretação. Para ele, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. A justificativa está no fato de que toda pessoa que vive em um contexto regulado por uma norma é um intérprete dessa norma, por ser um participante ativo.³⁰ Trata-se de uma visão democrática de interpretação consistente na necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.³¹

O autor considera os direitos fundamentais como parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta. Para ele, “alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (burgerdemokratie) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.³²

De fato, a tese apresentada se mostra compatível com a ideia de democracia, no sentido de proporcionar a participação dos cidadãos na interpretação constitucional. Dessa maneira, os mais diversos grupos de cidadãos poderão ser contemplados, incluindo, aqueles grupos que não representam a maioria. Por conseguinte, o processo de inclusão poderá ser realizado mesmo em meio as diferenças, visto que as diferenças caracterizam a sociedade pluralista. Visando a importância das minorias, Harbele também propõe o seguinte:

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (faire Beteiligung) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses

³⁰ HÁRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.p. 12 - 15.

³¹ *Ibid.*, p. 30.

³² *Ibid.*, p. 39.

daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).³³

A visão de Harbele segue na mesma linha de Marcelo Neves, ao considerar que consenso resulta de conflitos e compromissos entre os participantes, pois nesse contexto todos estão a defender suas opiniões e em busca de seus próprios interesses. Para Harbele, “Direito Constitucional é, assim, um direito de conflitos e compromisso (Konflikt und Kompromissrecht)”.³⁴

Pois bem, esses são em apertada síntese os fundamentos da Tese do autor. De fato, a obra de Harbele tem grande influência aqui no país, tanto é, que no âmbito legislativo, a Lei 9.868/99 introduziu a figura do *Amicus Curiae* (Amigo da Corte) na jurisdição constitucional que é fundamentada em sua Tese. Nesse sentido, a interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal abre-se para contemplar a pluralidade de sujeitos, em consonância com o Estado Democrático de Direito. O STF vem adotando também a prática de convocar audiências públicas, ao tratar de temas com grande impacto social (aborto de fetos anencéfalos, pesquisa com células embrionárias, importação de pneus usados, saúde pública), a fim de permitir a participação diversificada de várias pessoas, compondo o debate no âmbito jurídico, científico e ético.

Outra forte influência do pensamento de Harbele se fundamenta na ideia de que a constituição não é um texto pronto, imutável, mas fruto de várias conquistas e mutável no tempo, de forma a considerar a sociedade em sua essência pluralista cercada pelas constantes transformações sociais. Trata-se do pensamento de possibilidades ou “pensamento do possível”. O STF tem utilizado essa tese em vários julgamentos. A questão da mutação constitucional também é influência do pensamento de Harbele. É uma possibilidade de alteração informal da constituição. Filia-se ao conceito de interpretação aberta da constituição e sua adequação ao

³³ *Ibid.*, p. 46.

³⁴ HÁRBELE, *op. cit.*, p. 51.

tempo. É inegável que essa adequação deve ser realizada para validar a ordem constitucional de forma a atender as demandas sociais do presente. Contudo, deve ser aplicada com cautela, pois pode gerar insegurança jurídica. Em vários casos, o STF vem utilizando a mutação constitucional para abandonar precedentes e rever posicionamentos. Exemplos como a progressão de regime em crimes hediondos, fidelidade partidária, status normativo dos tratados de direitos humanos na ordem interna e recentemente a prisão em segunda instância são exemplos da mutação constitucional *in malam partem*. Na realidade, o STF não deve perder a credibilidade e se afastar do seu papel de guardião da ordem constitucional.

Conclusões

A discussão sobre igualdade, diferença e inclusão torna-se fundamental, notadamente no Estado Democrático de Direito. Ao tratarmos de tais conceitos, trouxe-nos grande contribuição o pensamento de Habermas, que conjuntamente com as complementações dos autores Galuppo, Campos, Alves e Neves, extraímos pontos de vista que se unem em certo momento e se separam em outros momentos, mas que proporcionam uma análise diversificada sobre tais conceitos.

No modelo do Estado Democrático existe a possibilidade real de convivência com diversos projetos de vida, de forma a estabelecer o reconhecimento da pluralidade e da importância desta nas sociedades complexas. Adolescentes em conflito com a lei precisam estar na pauta de ações do Estado, principalmente para validar a disposição constitucional prevista no art. 227, caput, da Constituição Federal, que trata da doutrina da proteção integral, que preconiza a prioridade absoluta em ações que envolvam crianças e adolescentes. Não podemos desprezar a crise que o Estado Democrático vem sofrendo, por não efetivar direitos que em boa parte já foram reconhecidos pela ordem jurídica, contudo, a democracia será capaz de resistir a sua própria ineficiência, considerando que na ideia

democrática sempre existiu um espaço para se alcançar um modelo de Estado capaz de proporcionar uma vida digna para seus cidadãos, o que inexistente em outros modelos.

Ao tratarmos da medida socioeducativa de internação ficou bastante claro que esta deve ser aplicada apenas nas hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitando assim as balizas constitucionais presentes no art. 227, §3º, inciso V, que apresenta os princípios norteadores da aplicação da medida socioeducativa de internação. É através do reconhecimento da diferença que a busca pela igualdade de direitos se mostra necessária. Esse processo deve ser realizado pela inclusão de pessoas, categorias, minorias nos espaços de poder, de forma a contemplá-los em suas demandas.

Diante das leituras realizadas, indicamos caminhos para a questão central de como tornar possível a igualdade através da inclusão de minorias (adolescentes em conflito com a lei) e da democracia que insiste em produzir exclusão. De forma sucinta, os caminhos apresentados através do pensamento de cada um dos autores nos mostram que proporcionar a igualdade de direitos é uma forma de justiça (Galuppo); garantir a cidadania de todos e integração social (Habermas) faz parte do projeto para se alcançar a paz social; abrir campos de ação disponíveis para todos aqueles que necessitarem dos procedimentos jurídicos (Neves) dentro do Estado Democrático de Direito conduz o respeito a pluralidade nas sociedades complexas; garantir a participação de várias pessoas no processo de interpretação da constituição (Harbele) é uma forma de se lidar com a pluralidade, contemplando o maior número de pessoas em suas demandas, proporcionando-lhes participação ativa na salvaguarda de seus direitos.

Referências

ALVES, J. A Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

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

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 16 jul. 1990.

FREITAS, Carolina Nunes de; COURA, Alexandre de Castro. **A teoria Habermasiana da Inclusão do Outro e a Interação Compulsória**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em 10.01.2020.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HÁRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

NEVES, Marcelo. “Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa”. In: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea*. SOUZA, Jessé (org). Brasília: UnB, 2001.

A desburocratização no processo de adoção: uma análise das medidas que regem a adoção sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro

*Islayne Sandrelly de Lima*¹

Introdução

O presente artigo alberga o instituto da adoção, que se refere ao ato jurídico solene através do qual uma pessoa recebe em sua família, outra pessoa como se filho fosse independente de qualquer relação de parentesco. Sendo realizada uma análise especial da tramitação dos processos de adoção, o quão moroso e burocrático pode ser, e as possíveis medidas que tornarão o processo mais célere.

Com o objetivo geral de analisar os processos de adoção, e se existe morosidade na tramitação dos mesmos, assim como medidas que prezem a simplificação e desburocratização da tramitação dos referidos processos, busca-se mostrar a implementação da Lei nº 13.509 de 2017, e o Projeto de Lei nº 394 de 2017. Para alcançar tal objetivo, será traçado os objetivos específicos, bem como observar o contexto histórico do instituto da adoção, sua evolução que passou a desempenhar papel de inegável importância, demonstrar os pontos positivos e negativos no processo de adoção e apontar medidas que proporcionem a celeridade.

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-MG. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Facol - UNIFACOL. E-mail: islaynesandrelly@gmail.com

A problematização consiste em tratar do procedimento de adoção, indaga-se sobre a sua perspectiva ser tratada de forma mais célere, aplicando-se um ordenamento jurídico próprio para reger a adoção. E ainda no caso de regimento estatutário próprio, devido à tramitação do projeto de lei nº 394 de 2017 (Estatuto da Adoção da Criança e do Adolescente), se há possibilidade de ampliação de direitos e um processo de adoção mais simplificado, ou a origem de uma violação de princípios elementares.

Sabe-se que a regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e na Constituição Federal de 1988, os quais prezam que os direitos concernentes às crianças e aos adolescentes devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade. Os processos de adoção após o advento do regramento do Código Civil de 2002, passaram a ser judicializados, o que traz consigo segurança jurídica e a proteção de mandamentos nucleares que são assegurados às crianças e adolescentes, no entanto se tem notado que o espaço de tempo no qual são tramitados os procedimentos de adoção, tem gerado prolongada espera tanto dos adotados como adotantes, consequentemente sofrimentos desnecessários que podem ser evitados.

O processo de adoção é conhecido no Brasil por sua morosidade, e é tardio justamente em razão de se obter o melhor interesse da criança e do adolescente, como também dos adotantes, para que estes possam desempenhar o fundamental da adoção que é o estabelecimento do vínculo afetivo.

Dada a relevância, o principal fundamento justificativo da pesquisa é a necessidade do amparo familiar para as crianças e adolescentes, visto que, é a família que representa proteção e segurança, e através dela há o desempenho e a construção de valores.

A vagarosidade com a qual tramitam os processos de adoção tem como relevantes causadores o poder judiciário, e a respectiva sociedade, não corresponde apenas à legislação. Todavia, tem-se a expectativa de que

as novas medidas que tem como ideal a simplificação do sistema de adoção no Brasil reduzam o tempo de processo da adoção e impeçam que crianças e adolescentes iniciem a fase adulta sem que consigam a oportunidade de estar inseridos em um novo seio familiar.

1 O direito da criança e do adolescente e sua evolução como instrumento para garantia dos direitos à adoção no Brasil

1.1 A trajetória do direito à adoção da criança e do adolescente na legislação brasileira

A adoção é proveniente da imprescindibilidade de dar continuidade à família, diante da impossibilidade de a pessoa gerar filhos. Segundo Ishida (2018, p.160), a adoção tem seu marco desde a antiguidade, quando faz referência a Moisés, que de acordo com o disposto nas Escrituras Sagradas foi adotado pela filha do faraó². A adoção mostra-se como forma de preservar o cultivo do vínculo familiar.

Nesse período, era de fundamental que o casal tivesse descendentes, pois aquele da qual a família se extinguisse, não haveria quem cultuasse a memória da família, e como último meio de impedir a extinção da família com a morte, sem ser sucedidos por descendentes, havia o direito de adotar.

O Código de Hamurábi, que se originou por volta do ano 1700 a.C. é considerado o primeiro a tratar da adoção nos seus arts. 185 a 193, sendo utilizado entre os povos orientais. Contudo, foi no direito romano que a adoção foi disciplinada e se amplificou de modo perceptível. (ISSA, 2015)³.

Na Idade Média, quase ocorreu o término da adoção, devido ao desuso, mas com o surgimento do Código de Napoleão de 1804, este foi referencial para quase todas as legislações modernas. O referido código

² ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

³ ISSA, Raquel Prudente Neder. *A evolução do instituto da adoção - O que avançou e o que deixou de avançar*. "In" *Direito das Famílias, novas tendências*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2015.

tinha como requisitos de concessão para adoção, que os adotantes fossem maiores de 50 anos, sem filhos e com diferença de 15 anos; dispondo de contrato sujeito à homologação judicial. (GRANATO, 2010)⁴.

Segundo Beviláqua (1950) apud Gonçalves, (2014, p.384), no Brasil, já existia o direito a adoção pré-codificado, devido as Ordenações Filipinas, que irradiaram numerosos referenciais, autorizando a utilização da adoção, embora ainda não instituída por ordenamento jurídico nacional⁵. A ausência de regulamentação exigia que a autoridade judicial suprisse a lacuna com o direito romano, realizando as devidas adequações.

Antes mesmo de uma promulgação de ordenamento jurídico brasileiro, já se espelhava o direito brasileiro em referências internacionais, que preencheriam as lacunas nos casos de falta de regulamentação.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 384), indica a sistematização que disciplinou o instituto da adoção:

O Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara. Por essa razão, a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la.⁶

De fato, ao longo da história, passou a ter o instituto da adoção relevante desempenho e evolução, caracterizando-se de modo destacado como instituto de caráter humanitário. Pois não se destinava apenas a dar filhos como solução para a infertilidade do casal, mas passou a ser destinado como ato solidário de proporcionar a um maior número de

⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção, doutrina e prática - com comentários à Lei 12.010/09*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

menores, uma família, que contribua na melhoria de sua condição moral e material.

A Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, promoveu modificações quanto a aplicabilidade do instituto da adoção, permitindo que a idade para adoção deveria ser por pessoas de 30 anos, cuja diferença de idade entre o adotante e o adotado passou para 16 anos, independentemente de ter ou não prole natural. Entretanto, a concessão da adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não tornava os adotados com os direitos equiparados, não os envolvendo na sucessão hereditária. (GONÇALVES, 2014)⁷.

A Carta Magna prevê no art. 227, que deve ser assegurado pela família, Estado e a sociedade, com prioridade absoluta, os direitos e garantias fundamentais para subsistência da criança e do adolescente, dando-lhes a proteção integral contra atos de exploração, discriminação, violência, bem como atos de negligência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)⁸.

Essa gama de direitos assegura aos filhos, sejam eles provenientes de uma relação conjugal ou não, ou por adoção, direitos e classificações iguais, sendo vedado qualquer ato discriminatório relacionado à filiação. Conforme o texto da Constituição Federal de 1988, os direitos e qualificações dos filhos, trouxe integração total do adotado, em nova família, suprimindo qualquer diferenciação entre adoção e filiação.

“A Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, introduziu uma modalidade diferente do Código Civil de 1916, denominada legitimação adotiva, ou seja, o filho adotivo passaria a ser legítimo.” (Ishida, 2018, p. 161)⁹. Houve o desligamento dos vínculos que prendia o adotado à família de sangue, o registro de nascimento originário seria revogado e outro criado como se

⁷ Idem.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 09/10/2018 as 13:45.

⁹ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

os adotantes de fato tivessem tido um filho natural, esse procedimento ocorria através de pedido judicial.

Segundo Venosa (2010, p. 282), “o Código de Menores, Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, revogou a lei da legitimação adotiva, substituindo pela adoção plena, ambas com características praticamente semelhantes”¹⁰. Portanto, durante um período, em nosso sistema, houve duas modalidades de adoção, adoção plena que tinha como exigências mais amplas, inserindo integralmente o adotado na nova família como se filho natural fosse, e a adoção simples instruída pelo Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002, com a instituição de um Capítulo próprio a respeito do instituto da adoção entre seus arts. 1.618 a 1.629, passou a ter codificação privada, deixando de existir a divisão da adoção em adoção plena, esta com regência para menores, pelo ECA, e da adoção simples que é regida pelo Código Civil de 1916, para maiores. (GONÇALVES, 2014)¹¹.

Mas o instituto da adoção passou por muitas inovações, inclusive com o surgimento da Lei nº 12.010/2009 houve revogação de vários mecanismos do Código Civil de 2002.

A nova norma revogou vários dispositivos do CC/2002 que tratavam da adoção (arts. 1620 a 1629), alterando ainda, os arts. 1618 e 1619 da atual codificação. Atualmente a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8069/1990), que do mesmo modo teve vários dos seus comandos alterados. (TARTUCE, 2014, p. 1281).¹²

Logo, é notório que a adoção segue por prevalência a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o art. 1.618, CC/2002, dispõe que, na forma da Lei nº 8.069/1990, será deferida a adoção, do mesmo modo o art. 1.619 prevê que na situação em que a adoção seja de maiores de 18 (dezoito) anos, haverá dependência assistencial efetiva do

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 10ª edição. São Paulo: Atlas. – Coleção direito civil; v. 6, 2010.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4ª edição. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, em linhas gerais, as regras da Lei nº 8.069/1990. (BRASIL, 2002)¹³.

Por fim, vale salientar que, na atualidade, os processos de adoção são judicializados, mas tem caráter totalmente humanitário, pois visa garantir o contentamento, o bem-estar do adotado.

1.2 A convenção internacional sobre os direitos da criança e do adolescente

O primeiro documento concernente aos direitos da criança surgiu no ano de 1924, mais conhecida como declaração de Genebra, a qual teve um importante papel para a autenticação da proteção aos direitos da criança. Devido aos reflexos da primeira guerra mundial, a declaração, teve como objetivo direcionar os impasses urgentes relacionados às crianças, proporcionando às crianças proteções especiais. (UNICEF, 2009)¹⁴.

Levando em consideração a premissa da proteção, a declaração, teve como fruto de reconhecimento, o dever que tem a criança de ser protegida, independentemente de qualquer distinção de crença, nacionalidade e raça, sendo sempre auxiliada, respeitadas a integridade familiar, visando o bom desenvolvimento da criança, conforme descreve Cury (2010, p. 18):

A inspiração de reconhecer proteção especial para a criança e o adolescente não é nova. Já a Declaração de Genebra de 1924 determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”; da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948) apelava ao “direito a cuidados e assistência especiais”; na mesma orientação, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969) alinhava, em seu art. 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na condução de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.¹⁵

¹³BRASIL. LEI Nº 10.406/2002. Código Civil. Brasília, DF, 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm Acesso em: 09/10/2018 as 14:00.

¹⁴ UNICEF. *Situação mundial da infância*. Edição Especial. 2009 www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf Consultado em 09/10/2018 as 14.22

¹⁵ CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

Observa-se que mesmo antes da promulgação da Convenção, já se falava sobre a imprescindibilidade de proteção especial ao ser humano nas rudimentares fases da vida, infância e juventude.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU no dia 20 de novembro de 1989, e entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990. De todos os tratados de direitos humanos e instrumentos legais em favor da promoção e da proteção dos direitos da criança, esse é o mais abrangente. (UNICEF, 2009).¹⁶

A Convenção de 1989 versa sobre um diploma internacional resultante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi legitimada praticamente por todas as nações, propiciando todos os direitos humanos das crianças, constituindo direito à educação e à saúde, direito à vida, à nacionalidade, ao nome, direito à liberdade, dentre outros, tendo em vista a priorização do melhor interesse. (UNICEF, 2009)¹⁷.

A referida Convenção tem fundamento em quatro básicos princípios: a não discriminação; o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; o melhor interesse da criança; e o respeito pelas opiniões da criança. (UNICEF, 2009)¹⁸.

Desse modo, o ECA, em concordância com a Convenção da ONU, doutrina a Proteção Integral que habilita o atendimento com prioridade absoluta à criança e ao adolescente, distinguindo-os como sujeitos de direitos.

¹⁶ UNICEF. *Situação mundial da infância*. Edição Especial. 2009 www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf Consultado em 09/10/2018 as 14.22

¹⁷ UNICEF. *Situação mundial da infância*. Edição Especial. 2009 www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf Consultado em 09/10/2018 as 14.22

¹⁸ Idem.

1.3 O direito da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, com o intuito de proteção à criança, estabelece em seu art. 6º, os direitos sociais, fazendo referência à maternidade e à infância.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).¹⁹

Segundo Sílvio Venosa (2010, p. 282), “nos arts. 227 e 229 são explicitados os princípios assegurados à criança e ao adolescente”. Estão presentes nos referidos artigos os direitos da criança e do adolescente, bem como os deveres de assistência que versam sobre a família, o Estado e a sociedade. Vale frisar, que faz a Constituição vedação a qualquer tipo de distinção entre filho legítimo e adotado, ou seja, acarreta direitos iguais quanto à sucessão. A Carta Magna estabelece em seu art. 227, que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).²⁰

O referido artigo preza que os direitos concernentes às crianças e aos adolescentes devem ser assegurados pela tríplice basilar que são a família, o Estado e sociedade.

Além disso, o art. 229 da CF/88 dispõe sobre o dever de assistência dos pais em relação aos filhos menores, estes devem cuidar e educar,

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 09/10/2018 as 13:45.

²⁰ Idem.

semelhante modo, frisa o dever dos filhos maiores em prestar ajuda e amparo na velhice dos pais. (BRASIL, 1988).

A significativa previsão constitucional é a absoluta prioridade, que deve ser concedida à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90, concretiza a direção constitucional disciplinando direitos e deveres da infância e da juventude.

Tem conexão em sua primeira parte os artigos 227 da CF/88, no seu texto original, e o art. 4º do ECA, anterior as mudanças implementadas pela emenda constitucional nº 65/2010. (Barros, 2015, p. 26)²¹. Ambos os ordenamentos jurídicos prezam a absoluta prioridade, ou seja, tem cunho principal em priorizar o atendimento dos direitos infanto-juvenis.

Desta feita, a prioridade tem abrangência prevista no parágrafo único do referido art. 4º, ECA, esta garantia compreende:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).²²

Com o significado preferencial, a prioridade absoluta traduz realce em todas as áreas de interesse, englobando a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa. Segundo Ishida (2018, p.40), “o princípio da prioridade absoluta possui o status constitucional, com a previsão no art. 227 da Carta Magna”²³.

²¹ BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*. 3ª edição. Bahia: JusPODIVM, 2015.

²² BRASIL. LEI Nº 8.069/1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 28/05/2019 as 15:10.

²³ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2018.

A título exemplificativo vale ressaltar que entre os interesses da criança ou adolescente, e o do idoso, prevalecerá sempre o direito da criança e do adolescente, visto que há previsão constitucional fazendo menção da absoluta prioridade. Todavia, os idosos apesar de ter a proteção constitucional, não possuem esse direito a prioridade absoluta que é garantida aos menores de dezoito anos.

Desse modo, o ECA, em concordância com o texto constitucional, que tem como regra a prioridade absoluta, tratando dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em todo tempo visa o bom desenvolvimento da infância e da juventude.

2. Preceitos da teoria da proteção integral

É o Estatuto da Criança e do Adolescente fundado e composto por mandamentos nucleares que regem os aspectos da vida de crianças e adolescentes, desde a nascença até a maioridade. Conforme o art. 1º do referido dispositivo legal, o ECA está resguardado pelo princípio da proteção integral.

Compreende-se que a proteção integral é ferramenta jurídica abrangente, voltada à tutela de direitos da criança e do adolescente. Conforme o texto constitucional, no art. 227, foi instituído a chamada prioridade absoluta.

No que tange aos direitos da criança e do adolescente, este estará em conflito com os demais direitos, tendo em vista o seu viés prioritário, difundindo a garantia dos direitos fundamentais, propiciando o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, conseqüentemente, foi desconsiderada a doutrina da situação irregular. (ISHIDA, 2018)²⁴.

²⁴ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2018.

A proteção integral adotada pelo ECA advém também da Convenção que trata dos direitos da criança, que em seu texto legal menciona o termo proteção. O item 2, do art. 2º, da Convenção de 1989, assevera que:

Artigo 2

[...]

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. (BRASIL, 1990).²⁵

Incumbe a todos os Estados mediante ao dispositivo legal da Convenção, promover a adoção de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais para proteger crianças contra atos que sejam violadores, conforme o art. 19 da Convenção. (BRASIL, 1989).

Regido pelos princípios do melhor interesse e da proteção integral, o Estatuto reforça o suporte necessário que os pais, ou representantes legais devem prestar ao menor, até que atinja a idade adulta e possa gozar de seus direitos fundamentais.

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse são duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo o tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e adolescente. (ISHIDA, 2018, p. 25).²⁶

Nota-se que a união dos dispositivos legais previstos no art. 227, da Constituição Federal, e no art. 4º do ECA, este por último também versa sobre a garantia de prioridades, se equiparam no quesito defesa da absoluta prioridade e proteção integral.

Artigo 3

²⁵ BRASIL. Decreto nº99.710. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Brasília, DF, 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 07/06/2019 as 20h30min.

²⁶ Idem.

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (BRASIL, 1990).²⁷

A proteção integral é doutrina conexas com o princípio do melhor interesse da criança, pois serão levados em consideração os interesses superiores da criança, caso em que no setor técnico judiciário, deverá ser observada a solução que propicie maior bem-estar para a criança e ao adolescente.

Em virtude do que foi mencionado, entende-se que a diretriz do Estatuto que busca o melhor interesse ao resguardo da criança e do adolescente é a proteção integral, que abrange seus direitos fundamentais com integralidade.

3. Aspectos motivadores da morosidade e o despertar para a redução do tempo do procedimento de adoção

Tem sido motivo de muitos questionamentos os aspectos temporais que um processo pode acarretar no Poder Judiciário, visto que para solucionar um conflito, o processo pode levar anos para ser dirimido.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, preceitua que é garantido a todos a razoável duração do processo, bem como é assegurada medidas que versem sobre a celeridade da tramitação dos referidos processos, tanto na esfera jurídica, como administrativa. (BRASIL, 1988)²⁸.

Mediante o número ínfimo de serventuários, e o trabalho demasiado, observa-se que dentre esses e outros fatores não se tem concretizado o princípio da razoável duração do processo.

²⁷ Idem.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 09/10/2018 as 13:45.

Para Didier (2002), é imprescindível o ajustamento do fornecimento estatal, para que a garantia formal da obrigação do Estado de prestar a justiça seja apropriada, concreta e célere²⁹.

O processo de adoção tem se demonstrado moroso no Brasil, o que gera inquietação incessante para o ordenamento jurídico brasileiro, muito embora tenha o ECA passado por algumas alterações, em prol da celeridade. Apresenta-se, portanto, a morosidade e a burocracia, ultrajante com relação ao direito da criança e do adolescente, pois este zela pela priorização do atendimento aos direitos dos infantes.

Tamanha vagarosidade tem tirado a expectativa dos pretendentes à adoção de construir uma família, e isso afeta à estrutura da criança e do adolescente que aguardam na fila de espera dos cadastros, e na maioria das vezes a criança atinge uma idade em que a adoção já se torna precária, não despertando mais o interesse dos pretendentes.

Uns dos entraves preponderantes para a burocracia nos processos de adoção no Brasil é o descumprimento da lei, que dispõe sobre o prazo de 120 dias para que sejam conclusos os procedimentos, bem como garante a absoluta prioridade nos trâmites processuais. (BRASIL, 1990)³⁰.

O Estatuto aduz que analisada a excepcionalidade da medida, devem ser exauridos os esforços para que se mantenha unida a família natural ou extensa, para posteriormente ser considerada a possibilidade de colocação em família substituta. (BRASIL, 1990)³¹.

Essa delonga em desvincular a criança da família natural, é um aspecto que posterga a adoção. Por esse e outros fatores, o adimplemento do procedimento de adoção dentro do prazo estabelecido pela lei, seria eficaz.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Freddie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: Revista de Processo. Ano 27, n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

³⁰ BRASIL. LEI Nº 8.069/1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 28/05/2019 as 15:10.

³¹ Idem.

Poderá, ainda, o processo ser prolongado quando por parte dos adotantes for realizada uma discriminação das particularidades que o menor deve ter, são feitas muitas exigências, segundo o perfil idealizado pelo adotante.

Como bem apregoa Farias (2016, p. 01), no Brasil a descrição formada pelos adotantes é de que preferencialmente a criança esteja com tenra idade, quanto mais novo for o adotando, mais viável se torna a adoção. Concomitantemente, crianças pequenas crescem e passam da idade que os adotantes escolhem. Motivo resultante na análise dos procedimentos relacionados a adoção³².

A espera se torna maior consoante ao perfil escolhido. Todavia, entende-se que quando a adoção é de crianças e adolescentes com idade maior, o processo tende a ser mais ágil. Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2019, p. 01):

O tempo de espera de quem está aguardando uma criança para adotar depende também do tipo de perfil que a família definiu no formulário de habilitação. Quanto menor a exigência – de cor, idade, ou se aceita grupos de irmãos, por exemplo –, mais rápido é possível completar o processo. Em Pernambuco, as famílias que se habilitam para crianças mais velhas, acima de 12 anos, têm o processo da adoção concluído em 48h. “Não temos crianças abaixo de 12 anos no Cadastro de Adoção do Estado. Em média, 300 famílias participam de nosso encontro de pretendentes, por ano”, explicou o juiz Élio Braz. (CNJ – HERCULANO, 2019, p. 01).³³

Ressalta-se, ainda, que outro fator que acarreta morosidade, é o fato de que grande quantidade dos pretendentes não se interessa por grupos de irmãos, ou também nos casos em que a criança tem alguma doença crônica, ou deficiência mental. Dados do CNJ comprovam o número ínfimo dos pretendentes que aceitam esse determinado perfil. Sabe-se que com o

³² FARIAS, Mírian Caiafa. Amorim. *Adoção no Brasil: urgência e necessidade de uma revisão conceitual e procedimental*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/23769/adoção-no-brasil-urgencia-e-necessidade-de-uma-revisao-conceitual-e-procedimental>>. Acesso em: 18/12/2018 as 19:30.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mudanças legais e atualizações no CNA contribuem para o aumento das adoções*. Lenir Camimura Herculano. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88937-mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes> acesso em: 28/05/2019.

advento de novo regramento, é garantido a esses grupos a prioridade de adoção, para adotantes cadastrados.

Conforme os dados apontados pelo CNJ, atualmente o total de pretendentes cadastrados consiste em 46.083, destes, 61.91% não aceitam adotar irmãos, e o percentual dos que aceitam adotar crianças de todas as raças é de 50.89%, aproximadamente 23.450 pretendentes. Já o total de crianças e adolescentes cadastrados é de 9.544, os que possuem irmãos tem o percentual de 55.42%. (CNJ, 2019)³⁴.

Verifica-se que os principais fatores, de acordo com estatísticas, pelo tempo aguardado na fila, tem sido os pretendentes que não aceitam a adoção de irmãos, e desejam preferencialmente crianças com tenra idade.

Existe o impasse quanto ao prazo, no tocante a decisões de pronto, que talvez impeçam a reintegração da família natural, bem como das decisões demoradas, de impossibilitam a adoção. Deve, portanto, ser exaurido os esforços em busca da família extensa, dentro do prazo máximo de conclusão do procedimento de adoção. E, ainda que os processos sejam difíceis, não podem passar anos sem uma solução.

É notória a falta de preparação e maturidade de muitos dos pretendentes, estes buscam por um aspecto característico do infante, mas demonstram não estar preparados para conceder o fundamental da adoção que é o convívio familiar, buscando de modo oportuno o equilíbrio, e a construção de valores.

Destarte, observa-se que a busca por características específicas estipuladas pelos adotantes tem gerado complicações nos procedimentos de adoção, e pode até levar a busca por meios irregulares de adoção, mediante a possível escolha dos pais naturais. Portanto, o real objetivo da adoção enseja em dar à criança uma nova família unida por vínculos afetivos, e para concretização do referido ato, é mister que prazos sejam cumpridos, bem como seja avaliado o discernimento dos pretendentes à

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNA - Cadastro Nacional de Adoção. <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em: 07/06/2019.

adoção, seguidas as obrigações concedidas à família, ao Estado e a sociedade.

4 Análise das medidas que regulam a adoção e das medidas que tramitam em benefício da celeridade nos processos

Muitos fatores influenciam para a demora na efetuação dos procedimentos de adoção, logo, é imprescindível a obtenção de medidas que apresentem resultados para solucionar, a morosidade nos processos de adoção.

A Lei nº 13.509 foi sancionada em 22 de novembro de 2017, e tem o objetivo de tornar mais célere os procedimentos de adoção. A aludida lei tem o propósito de agilizar os procedimentos de adoção, bem como a destituição do poder familiar e do tempo de acolhimento dos infantes. (ISHIDA, 2018)³⁵.

Trouxe a Lei nº 13.509 algumas inovações, alterando artigos do ECA, assim como da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e do Código Civil Brasileiro.

A lei determina que gestantes ou os pais manifestem a vontade de entregar voluntariamente os filhos à adoção, e estes serão assistidos pela Justiça, conforme o art. 1º da referida lei. (BRASIL, 2017)³⁶.

Essa assistência que é prestada pelo poder judiciário certifica o direito de convivência familiar da criança, e o da mulher de fazer a entrega do filho de forma responsável, assim como está disposto na lei vigente. A partir da sentença judicial que determinar a perda do poder familiar, os pais têm um curto prazo para demonstrarem o interesse em desistir da doação.

Em Pernambuco, o Programa Acolher tem sido muito eficaz, pois sistematizou na esfera do Judiciário, o acolhimento de mulheres que

³⁵ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição, rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018

³⁶ BRASIL. *LEI Nº 13.509/2017*. Brasília, DF, 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2017/Lei/L13509.htm Acesso em: 28/05/2019 as 19:00.

manifestam o desejo de entregar o menor para adoção. Nesse sentido, Figueiredo, Nery e Teixeira (2017, p.135), asseveram que:

Uma das prerrogativas do Programa, quando da manifestação do desejo de entrega pela mulher, é averiguar se todos os esforços foram envidados para a manutenção da criança na família natural ou extensa. No entanto, a partir dos atendimentos do Programa Acolher do TJPE, recebemos alguns casos em que a gestante não desejava que sua família fosse, em qualquer hipótese, consultada a respeito da entrega³⁷.

Considerando a informação supracitada, muitas mulheres passam por situações em que preferem não comunicar a família, todavia, no Brasil não se pode fazer a entrega sem que os familiares sejam consultados. De acordo com Figueiredo, Nery e Teixeira (2017, p. 136):

Em seu artigo 19, o ECA garante a toda criança ou adolescente o direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Assim, a possibilidade de uma mulher realizar a entrega para adoção sem que o genitor e a família extensa sejam consultados não é considerada pela legislação brasileira atual.³⁸

As crianças ou adolescentes que estiverem em programa de acolhimento institucional ou familiar participarão também do programa de apadrinhamento, conforme o art. 19-B do ECA. (BRASIL, 2017)³⁹.

No que se refere ao processo de adoção, a lei nº 13.509 de 2017, veio com um significativo escopo de agilização, tratando de prazos processuais reduzidos, como o prazo para finalização do processo de adoção, e também do estágio de convivência, as prioridades concedidas aos adotantes cadastrados no CNA – Cadastro Nacional de Adoção, bem como as consequências sofridas pelo pretendente que desistir da adoção.

³⁷ FIGUEIREDO, L. C. B.; NERY, C. M.; e TEIXEIRA, P. A. S.; (organizadores). *Acolhendo mulheres: a entrega de crianças para adoção em Pernambuco*. Centro de Estudos Jurídicos - Recife: TJPE, 2017.

³⁸ Idem.

³⁹ BRASIL. *LEI Nº 13.509/2017*. Brasília, DF, 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2017/Lei/L13509.htm Acesso em: 28/05/2019 as 19:00.

Tem prioridade no cadastro, os pretendentes que se interessam na adoção de crianças ou adolescentes com deficiência, doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, ou ainda grupos de irmãos. (BRASIL, 2017)⁴⁰.

Também tem previsão legal o prazo máximo de 90 dias que a família interessada tem para conviver com a criança antes do término do processo de adoção. E nos casos de adoção internacional, esse prazo será de 45 dias. (BRASIL, 2017)⁴¹.

Nesse ínterim, a criança passa com os pretendentes à adoção um período conhecido como estágio de convivência, para estabelecimento de vínculos de afinidade e afetividade, uma fase de adaptações.

Se encerra o processo de adoção quando proferida a sentença no prazo máximo de cento e vinte dias, este prazo pode ser prorrogável por igual período. (BRASIL, 2017)⁴².

O juiz Élio Braz Mendes, da 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife (PE) disse que as mudanças na lei foram positivas, pois forçaram a celeridade procedimental. “Para cumprir os prazos, é preciso que o magistrado mude o fluxo da ação, para acelerar o processo. Não há burocracia. Há procedimentos seguros”, afirmou. Ele reconheceu, porém, que falta reforçar a estrutura de pessoal das varas de infância e da juventude (VIJ), como está previsto na Resolução 53/2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizando concursos para as áreas especializadas, como psicólogos e assistentes sociais. A defasagem de servidores tornou-se um impeditivo para o cumprimento dos prazos. (CNJ - HERCULANO, 2019, p. 01).⁴³

Dentre os fatores que influenciam o decorrer dos prazos, alguns motivos são determinantes para demora nos procedimentos, inclusive a falta de funcionários públicos.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mudanças legais e atualizações no CNA contribuem para o aumento das adoções*. Lenir Camimura Herculano. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88937-mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes> acesso em: 28/05/2019.

Mais uma determinação da Lei nº 13.509/2017, é a garantia de direitos trabalhistas concedidos aos pais biológicos, como licença-maternidade, estabilidade provisória e direito de amamentação que se estendem ao empregado ou empregada adotante. (BRASIL, 2017)⁴⁴.

Além das alterações no ECA e na CLT, a lei também modifica o Código Civil, que passa a vigorar acrescido do inciso V, no art. 1.638. Este prevê sanção aos pais que entregam os filhos para adoção sem aderir ao devido procedimento legal. (BRASIL, 2017)⁴⁵.

Na leitura dos dispositivos da Lei nº 13.509/2.017, percebe-se claramente a redução de vários prazos processuais. Mas percebe-se que às vezes essa previsão se torna inútil, pois não existe sanção pelo descumprimento, nem solução. Por exemplo, qual é a solução de uma criança ou adolescente que tem que permanecer acolhida por tempo superior ao previsto na Lei? (ISHIDA, 2018, p.165).⁴⁶

Desse modo, é notório que a recente legislação reduz prazos processuais e é apontada como medida solucionadora da morosidade dos processos de adoção, todavia, percebe-se que em alguns aspectos, por exemplo, na inclusão da adoção tardia como prioridade, a lei foi tímida.

O projeto de Lei do Estatuto da Adoção (PL nº 394/2017), tramita no Senado Federal, e precipuamente, tem o objetivo a retirada da adoção da estrutura composta pelo ECA, sendo, portanto, instituído estatuto próprio para tratar do instituto da adoção.

O projeto tem o propósito de impedir que crianças e adolescentes alcancem a fase adulta sem conseguir ter uma família, apresentando como ideal a simplificação do sistema de adoção no país.

Em relação ao objetivo do projeto de lei e suas garantias, Maria Berenice Dias (2019, p. 01), assevera que:

⁴⁴ BRASIL. *LEI Nº 13.509/2017*. Brasília, DF, 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2017/Lei/L13509.htm Acesso em: 28/05/2019 as 19:00.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 19ª edição. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2018.

Seu propósito é exclusivamente atender ao comando constitucional que garante a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar. Para isso são necessários procedimentos mais ágeis. Afinal é indispensável estancar as chamadas “adoções diretas” que, em alguns estados, corresponde a 90% da entrega de crianças, sem a participação do poder público. Também é necessário retirar do Poder Judiciário – que não tem estrutura para tal – o encargo de caçar parentes na tentativa de entregar-lhes crianças que não tem para com eles vínculo de afinidade e afetividade. Além disso, a entrega à família extensa merece o devido acompanhamento, pois 80% das devoluções é feita pelos parentes que estavam com a guarda. Igualmente é preciso garantir acesso dos grupos de apoio à adoção e dos candidatos à adoção, às instituições de abrigo. É a única forma de dar a grupos de irmãos, a adolescentes, e a crianças doentes ou deficientes a chance de serem adotadas.⁴⁷

Para obtenção dessa simplificação nos procedimentos de adoção, que atualmente é considerado moroso, a redação do projeto de lei dispõe sobre o direito à convivência familiar e comunitária, também estabelece limitação em relação a busca que o judiciário realiza pelos pais biológicos dos infantes, sendo de responsabilidade da família extensa a busca dos menores que se encontram em acolhimento institucional.

Tal proposta do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM tem o intento de pôr fim aos entraves que causam a burocracia nos trâmites, bem como propor a celeridade nos processos de adoção, caso em que é condizente com o princípio da razoável duração do processo.

Todavia, observa-se que o regimento do instituto da adoção em apartado tem gerado a manifestação contrária das entidades que coadunam com os direitos das crianças e dos adolescentes, no que tange a violação do princípio da proteção integral, quando diz que será priorizada a adoção sem ser observada a sua excepcionalidade, prejudicando desse modo o direito à convivência com a família legítima.

Importante frisar que, em nota pública o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, manifestou-se contra o PL nº 394/2017, por entender que a Lei nº 8.609/90 ficaria vulnerável,

⁴⁷DIAS, Maria Berenice. *Filhos da mãe, até quando?* “In” <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Filhos%20da%20m%C3%A3e%20at%C3%A9%20quando%3F.pdf> Acesso em: 04/06/2019, 18h40min.

pois é o ECA que trata em sua abrangência sobre os direitos dos infantes, como por exemplo, o direito a convivência familiar, a destituição do poder familiar, o apadrinhamento, o acolhimento familiar e institucional. Um estatuto próprio não viabilizaria a conciliação do relevante pressuposto de sujeitos de direitos em sua integralidade. (CONANDA, 2018)⁴⁸.

Por conseguinte, é cristalino que em sua originalidade o projeto de lei tem como fundamento o avanço dos procedimentos de adoção, para que crianças e adolescentes possam conviver em um seio familiar, mas este instituto sendo desvinculado do ECA, o deixaria fragilizado, porque é o ECA que abarca a doutrina da proteção integral. São necessárias mudanças, mas estas devem ocorrer para o fortalecimento do ECA nos aspectos em que a lei tem sido intratável.

Conclusões

Como forma definitiva de colocação em família substituta, a adoção tem como objetivo fundamental o estabelecimento do vínculo afetivo, assegurando a construção e desenvolvimento de valores, bem como garantir proteção e segurança às crianças ou adolescentes, sendo suprimida qualquer diferenciação entre a adoção e a filiação, estando equiparados os direitos.

Diante do contexto histórico, percebeu-se que o direito da criança e do adolescente, desde a antiguidade até o presente momento, teve uma crescente evolução, acarretando melhorias e contribuições para o desenvolvimento do instituto da adoção.

Observa-se que a realidade dos processos de adoção no Brasil, é marcada pela presença da burocracia e da morosidade, que são possíveis fatores obstantes a inserção da criança ou adolescente em uma família

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Brasília). *Nota Pública do Conanda sobre o PLS N° 394/2017, que dispõe sobre o Estatuto da Adoção*. 2018. Disponível em: <http://www.conselho.crianca.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Anexo_0403439_NOTA_PUBLICA_SOBRE_ESTATUTO_DA_ADOCAO_final.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

substituta, fazendo com que estes, passem anos acolhidos por uma instituição. Ficam nesta situação durante toda infância e adolescência, e posteriormente enfrentam a vida adulta, sem ter obtido o conhecimento dos laços familiares basilares, caracterizando-se em uma descontente realidade.

Assim, nota-se que o maior motivo para a morosidade no processo de adoção, não está somente na legislação que regulamenta o procedimento, mas também em alguns fatores como a descrição formada por pretendentes a adoção e adotantes. Além disso, o poder judiciário com seus trâmites e o número ínfimo de serventuários, bem como o prazo em que dura a desvinculação familiar, podem ser aspectos influenciadores.

Os postulantes cadastram-se requerendo um perfil, que não coincide com as características das crianças que estão na fila aguardando a adoção, ou seja, quanto mais estipuladas as características, mais prolongado será o tempo em que os infantes permanecem nas filas de espera. Algo que pode retardar a colocação da criança ou adolescente para adoção, é a destituição familiar, causa relevante para morosidade, pois trata do afastamento do menor de sua família biológica, sendo uma gama de fatores que prejudicam a criança que aguarda por um lar afetivo.

Ressalta-se, ainda, que a lei nº 13.509/2017 causou mudança relevante quanto aos prazos processuais, estes foram reduzidos. A respectiva lei tem como propósito a celeridade dos procedimentos de adoção, bem como a destituição do poder familiar, e o tempo em que os infantes ficam acolhidos, isto foi muito positivo.

Em suma, o Projeto de Lei nº 394/2017, como foi abordado no presente artigo, tem o propósito de instituir um estatuto próprio para adoção, trazendo a simplificação dos processos. Todavia, a repercussão desse regimento em apartado ocasionou opiniões divergentes, pois se entendeu que a desvinculação da adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, faria com que o estatuto ficasse fragilizado, pois, este último, está amparado e alberga a proteção da criança e do adolescente em sua totalidade.

Após a análise do tema conclui-se, portanto, que a legislação brasileira deve ser obedecida, e nos casos em que esta for intratável, deverá ser sujeita a alterações. Por semelhante modo, compreende-se que possíveis alterações feitas pelo Projeto de Lei nº 394/2017, pode contribuir bastante para melhoria da convivência familiar e a adoção no ECA.

Assim como, é importante destacar que um dos métodos que podem sanar a morosidade, seriam a existência de sanção, quando houver o descumprimento de prazos, ou de outras normas e requisitos previstos em lei, bem como uma solução plausível para os casos em que a criança ou adolescente acolhida passe tempo superior ao que está descrito em lei. E, a instalação de programas estaduais, como por exemplo, o Programa Acolher, em Pernambuco, que seria muito eficaz para garantir o direito de assistência.

Desse modo, tem-se a expectativa de que as medidas que estão tramitando no legislativo e a nova lei de adoção mude a realidade destes processos, se atentado para sua redução nos aspectos temporais. Buscando assim, a melhoria dos procedimentos para ambos os interessados, com o fim de tornar as instituições que acolhem as crianças e adolescentes, locais que os conduzam de forma célere ao encontro de uma nova família, pois a família é uma necessidade vital.

Referências

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª edição. Bahia: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 09/10/2018 as 13:45.

BRASIL. Decreto nº99.710. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF, 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 07/06/2019 as 20h30min.

BRASIL. LEI Nº 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 09/10/2018 as 14:00.

BRASIL. LEI Nº **13.509/2017**. Brasília, DF, 2017.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm
Acesso em: 28/05/2019 as 19:00.

BRASIL. LEI Nº 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 28/05/2019 as 15:10.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Brasília). **Nota Pública do Conanda sobre o PLS Nº 394/2017, que dispõe sobre o Estatuto da Adoção**. 2018. Disponível em: <http://www.conselho.crianca.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/Anexo_0403439_NOTA_PUBLICA_SOBRE_ESTATUTO_DA_ADOCAO_final.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNA - Cadastro Nacional de Adoção**.
<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em: 07/06/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mudanças legais e atualizações no CNA contribuem para o aumento das adoções**. Lenir Camimura Herculano.
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88937-mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes> acesso em: 28/05/2019.

CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos da mãe, até quando?** “In”
http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Filhos%20da%20m%C3%A3e%20at%C3%A9%20quando%3F.pdf Acesso em: 04/06/2019, 18h40min.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário**. In: Revista de Processo. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, outubro/2002.

FARIAS, Mírian Caiafa. Amorim. **Adoção no Brasil: urgência e necessidade de uma revisão conceitual e procedimental.** Disponível em: <<http://www.domtotal.com/23769/adoção-no-brasil-urgencia-e-necessidade-de-uma-revisao-conceitual-e-procedimental>>. Acesso em: 18/12/2018 as 19:30.

FIGUEIREDO, L. C. B.; NERY, C. M.; e TEIXEIRA, P. A. S.; (organizadores). **Acolhendo mulheres: a entrega de crianças para adoção em Pernambuco.** Centro de Estudos Jurídicos - Recife: TJPE, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção, doutrina e prática - com comentários à Lei 12.010/09.** Curitiba: Juruá, 2010.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência.** 19ª edição. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

ISSA, Raquel Prudente Neder. **A evolução do instituto da adoção - O que avançou e o que deixou de avançar. “In” Direito das Famílias, novas tendências.** Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 4ª edição. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

UNICEF. **Situação mundial da infância.** Edição Especial. 2009 www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf Consultado em 09/10/2018 as 14.22

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 10ª edição. São Paulo: Atlas. – Coleção direito civil; v. 6, 2010.

Lei 13.872/2019 e o direito à amamentação: instrumento de igualdade material e a possibilidade de aplicabilidade por todos entes federativos

Islayne Sandrelly de Lima ¹

Introdução

O direito à amamentação é um assunto que já estava munido de previsibilidade legal, contudo, não havia nenhuma explanação sobre a aplicabilidade desse direito durante a realização de concursos públicos, razão pela qual se pretendeu por meio do presente artigo analisar a implementação da Lei nº 13.872, de 17 de setembro de 2019.

Assim, observa-se que, pela proteção à maternidade e à infância, institutos que se enquadram entre os direitos e garantias fundamentais, assegurados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, deriva implicitamente o entendimento de que a administração deve amparar, conforme a sua competência, medidas eficazes que atendam aos direitos abordados.

Nesse contexto, a Lei nº 13.872/2019 tem o escopo de garantir que mães possam amamentar seus filhos de até seis meses de vida, durante provas de concursos públicos, sendo-lhes resguardado o princípio da isonomia em face dos demais concorrentes, propiciando a proteção de

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-MG. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Facol - UNIFACOL. E-mail: islaynesandrelly@gmail.com

direitos fundamentais, não havendo, portanto, discriminação e limitação para efeito de acesso à relação de trabalho.

Considerando a referida lei e o direito de a candidata lactante amamentar seus filhos durante a realização do certame na administração pública direta e indireta dos poderes da União, questiona-se a possibilidade de inserção de tal direito nos demais entes (Estados, Distrito Federal e Municípios), passando a administração pública a contemplar nos editais cláusulas que regule a matéria, assegurando a eficácia administrativa e a aplicabilidade do direito fundamental social.

A relevância da presente pesquisa reside no estudo dos impactos que a lei ora analisada traz para o direito nacional, mais especificamente, para a defesa dos direitos da mulher e da criança. Neste diapasão, tem como objetivo geral analisar o diploma normativo e as garantias constitucionais asseguradas, a partir dos seguintes objetivos específicos: demonstrar as inovações trazidas pela lei 13.872/2019 e abordar a sua possível aplicabilidade pelos demais entes federativos para que também promovam a regulamentação do direito à amamentação durante os concursos públicos em suas respectivas jurisdições.

Para alcançar os objetivos estipulados o presente artigo encontra-se estruturado em um tópico destinado a abordar os avanços concernentes ao aludido direito, a promoção da igualdade material, e da isonomia de fato entre as lactantes e os demais concorrentes participantes de certame público, assim como, tratar da aplicação limitada à administração pública federal, direta ou indireta, e a sua não vinculação os demais entes federativos, ou seja, Estados, Municípios e Distrito Federal.

1. O pacto federativo e a possível aplicabilidade da Lei Federal nº 13.872/2019 nas demais unidades federativas: a garantia da proteção à maternidade e à infância

A administração pública, no âmbito da sua competência, deve tomar medidas que prezem pela defesa do interesse público. O direito

fundamental social à proteção à maternidade e à infância, previsto no art. 6º da Constituição de 1988, tem repercutido administrativamente na eficácia e aplicabilidade do referido direito, no que diz respeito, a certames para cargos na esfera da administração pública direta e indireta, mas que ainda não versam sobre o direito à amamentação durante a realização do concurso, em que os editais norteadores não contemplam os preceitos específicos para o caso.

Segundo o entendimento de William Paiva Marques Júnior, “o direito fundamental social de proteção à maternidade, como garantia primordial de natureza social, deve ser interpretado amplamente, de modo a se emprestar a necessária eficácia jurídica à norma constitucional”². Observa-se a proteção à maternidade em seus diversos aspectos: seja a proteção da gestante, da lactante, do nascituro, do recém-nascido, da família.

Pensando nisto, foi proposto pelo ex-senador José Medeiros, através do projeto de lei nº 156 de 2015, a garantia legal do direito de as mães amamentarem seus filhos ao longo da realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos poderes da União.

Impende destacar que, para a doutrina o concurso público consiste em um amplo processo de seleção. Como bem apregoa Mello: “concurso, em rigor técnico, é um processo de seleção em que enseja disputa, competição, entre os candidatos”³. O texto constitucional permite a todos uma igualdade de condições para disputar cargos, empregos ou funções na administração pública direta e indireta.

É graças a essa prerrogativa que se percebeu uma afronta ao princípio da igualdade quando era observada a clara existência de uma situação desfavorável para as mulheres quando da realização das provas

² MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *Direito de as candidatas lactantes amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos: Análise propositiva do projeto de lei do Senado nº 156, de 2015* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/05/10/direito-de-as-candidatas-lactantes-amamentarem-seus-filhos-durante-realizacao-de-concursos-publicos-analise-propositiva-do-projeto-de-lei-do-senado-n-0-156-de-2015/> Acesso em: 12 de out de 2019.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 44.

ou demais etapas de concursos públicos para o ingresso nos quadros funcionais da administração pública federal, direta ou indireta. Ora, ao darem à luz, as mulheres necessitam se dedicar em tempo integral aos cuidados do neonato, e dentre os cuidados essenciais está o aleitamento, principalmente até os seis meses de idade do bebê, conforme é reconhecida internacionalmente:

[...] a lactação é considerada uma prática fundamental para promoção, proteção e apoio à saúde de crianças, sendo esta recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde (MS) às crianças durante os primeiros seis meses de vida de modo exclusivo.⁴

Portanto, o reconhecimento legal a este direito inerente à saúde e à própria natureza humana que diz respeito tanto à proteção da maternidade quanto da infância, representa a instrumentalização desta proteção conferida de forma geral no Constituição Federal, em seu artigo 6º. Além disto, a previsão legal inserida na lei 13.872/2019 consubstancia senão a aplicação da justiça material, de sorte que prevê um direito às mães lactantes que efetivamente se traduz como uma tentativa de se fomentar a igualdade entre a totalidade de candidatos submetidos ao certame público: é a materialização do tratamento desigual para aqueles que assim precisam na medida de suas necessidades para que exista a paridade de armas, de possibilidades, ou seja, para que de fato haja uma concorrência justa e verdadeira, não apenas virtual.

O então projeto de lei foi aprovado pelo Congresso Nacional e posteriormente sancionado sem vetos, promulgado e publicado pelo Presidente da República, transformando-se na Lei 13.827 de 17 de setembro de 2019, que entrará em vigor no dia 17 de outubro de 2019 e cuja ementa é: “Estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na administração pública direta

⁴ MARQUES, Emanuele Souza; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; PRIORE, Sílvia Eloiza. *Mitos e crenças sobre o aleitamento materno*. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n5/a15v16n5.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

e indireta dos Poderes da União”⁵. Esta lei assegura às mães o direito de amamentar seus filhos de até 6 meses de idade durante as provas ou etapas avaliatórias de concursos públicos federais, de maneira que a mãe terá o direito de proceder à amamentação a cada intervalo de duas horas, por até trinta minutos, por filho. Ressalta-se que a lei garante à mãe, se feita esta solicitação no momento da inscrição no concurso, a prerrogativa de indicar uma pessoa acompanhante que será a responsável pela guarda da(s) criança(s) durante o período necessário. Outro aspecto importante é que fica estabelecido nesta lei a compensação do período utilizado para a amamentação no tempo de prova, garantindo que não exista prejuízo algum à examinanda. Trata-se de um grande avanço na luta pelos direitos das mulheres e das crianças.

Nesse ponto, a lei assegura às mães o princípio da acessibilidade à relação de trabalho, bem como o princípio basilar da isonomia, disposto na Carta Magna, artigo 5º, o qual assevera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁶.

Insta salientar que antes mesmo de ser sancionada, a proposta passou pelo crivo das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania, tanto da Câmara dos Deputados, como do Senado Federal, para avaliar se dentro das finalidades pretendidas poderia existir alguma inconstitucionalidade ou algo que pudesse afetar a justa concorrência, além da segurança do certame. Ao fim foi aprovada, sendo declarada a constitucionalidade da medida garantidora, além da não afetação quanto às questões de segurança, tendo em vista que, durante todo o processo de amamentação a mãe será acompanhada por fiscal.

É sabido que já existia previsão destas garantias em alguns certames de concursos públicos, porém, não era algo determinado por lei, tornando uma decisão discricionária para as bancas. Com o advento da Lei 13.872/2019, o direito de amamentação em concursos públicos foi

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.872, de 17 de setembro de 2019*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13872.htm#art6. Acesso em: 14 out. 2019.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 de out. De 2019.

regulado e agora todos os entes que compõem a administração pública seja direta ou indireta dos poderes da União devem necessariamente prever em seus editais a entrega desta prerrogativa às mães candidatas.

Diante da importância desta garantia de direitos com o advento da lei aqui discutida, levanta-se o questionamento acerca da possibilidade de vinculação compulsória e automática deste diploma legislativo para os demais entes que compõem a República Federativa do Brasil, ou seja, estados, Distrito Federal e municípios. Aqui é importante entender que lei 13.872/2019 se trata de lei administrativa federal, ou seja, “suas normas são aplicáveis à administração pública federal, direta e indireta [...], portanto, não obriga estados, municípios ou Distrito Federal, vale dizer, não é uma lei nacional”⁷. Tendo em vista esta diferenciação, decorrente da autonomia administrativa dos entes federativos, não é possível atribuir um alcance a esta lei além da administração pública da União, logo cabe aos estados, municípios e Distrito Federal, com o desígnio de ter um arcabouço legal sobre este tema, legislares dentro de suas respectivas jurisdições.

Nesse diapasão, para melhor entendimento, o pacto federativo, também compreendido como princípio federativo, alberga mecanismos constitucionais que representam a moldura jurídica, bem como obrigações de cunho financeiro, o arrecadamento de recursos e os setores de atuação dos entes federados. É, portanto, a forma de Estado adotada pelo Brasil. A República Federativa do Brasil tem por formação a união indissolúvel dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, assim como estabelece a Carta Magna de 1988, em seu art. 1^º, que concretiza o pacto federalista:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania;

⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 27^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;
- V - o pluralismo político⁸.

Também se destaca o art. 18, da Constituição Federal de 1988, que faz menção a forma de organização do Estado: “Art. 18 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”⁹.

As significantes previsões constitucionais evidenciam o princípio da indissolubilidade do pacto federalista, que se refere a não separação da união firmada entre os entes, e a autonomia dos entes federados, atribuição de grande importância para cumprimento da função estatal no seu âmbito jurisdicional competente.

Importante estabelecer o contraponto entre confederação e federação, segundo Anhaia Mello:

A Confederação decalca-se num tratado internacional, enquanto a Federação apoia uma Constituição; e todos sabemos que a Constituição vale internamente, disciplinando as relações internas de um Estado com o outro e de todos com a Federação, enquanto o Tratado tem efeitos de natureza, exteriores¹⁰.

Dircêo Torrecillas Ramos, faz referência aos requisitos fundamentais do federalismo:

Requisitos dos sistemas federais. Constituição escrita, união perpétua, texto rígido como os poderes divididos. Constituição como estrutura de governo e protetora de direitos, traça um quadro básico, instituições e procedimentos, declara alguns direitos para servir de base e providencia meios para a sua proteção na sociedade civil; a Constituição como um código, longa, detalhada, altamente específica e explícita; a Constituição como um manifesto

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 de out. De 2019.

⁹ Idem.

¹⁰ MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e suas novas perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

revolucionário ou como carta social, baseada em conquista, que erradica a velha ordem – este requisito é mais comum nos estados socialistas; Constituição como ideal político quando a antiga ordem é apresentada sem qualquer expectativa de que o país ou o regime alcançará o ideal previsto na Lei Maior, mas há uma grande continuidade; Constituição como uma adaptação moderna de uma Constituição tradicional antiga, modelo encontrado em uma antiga e contínua tradição histórica ou religiosa ou ambas, próprias da “Constituição” não escrita; não centralização para reforçar a ideia da difusão do poder entre um número substancial de centros de poder. Os entes podem agir unilateralmente com alto grau de autonomia das áreas constitucionalmente abertas para eles e ainda participar como partes nas atividades governamentais nacionais; divisão do poder territorial – é a democracia territorial, com a divisão interna da autoridade e do poder¹¹.

O federalismo no Brasil, foi influenciado pela descentralização do poder de atuação da função estatal da Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo Moreira Neto, “foi concebido como técnica de separação de centros de poder para reduzir os inconvenientes de uma excessiva concentração em um só ente político, flexibilizando-os de modo a atenderem às peculiaridades regionais de países com grandes territórios”¹².

Como bem apregoa Dallari, “a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada”¹³. A Constituição, no Estado Federal, estabelece as competências da União e as atribuições dos entes federados, conforme estrito processo de organização de competência.

Essa repartição de competência entre os entes, na Constituição, tem como critério o predomínio do interesse, nacional, regional ou local. Conforme assegura Ferrari, “O poder não fica concentrado nas mãos de

¹¹ Cf. RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). *Tratado de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 722.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

uma única pessoa jurídica de direito público, mas se reparte entre os entes coletivos que a compõem”¹⁴.

Esse cenário é muito oportuno para assegurar a participação abrangente do cidadão no poder político, de auto-inclusão ao sistema democrático, visto que a democracia não se exaure apenas com o voto. Segundo Dallari, “é assegurado uma aproximação maior entre governantes e governado, pois o povo tem maior acesso aos órgãos do poder local”¹⁵.

O pacto federativo corresponde a aliança firmada entre os entes federativos, no qual o Estado soberano não tem o poder de atuação estatal centralizado, concedendo autonomia administrativa aos entes federados, Estados, Distrito Federal e Municípios, para assumirem no seu âmbito jurisdicional, instrumento normativo que supra a necessidade da população em seu respectivo espaço territorial.

Com a implementação da lei 13.872/2019, não é possível conferir um alcance a esta lei além da administração pública da União, logo cabe aos estados, municípios e Distrito Federal, com o intuito de ter uma estruturação legal sobre este tema, legislarem dentro de suas respectivas jurisdições.

Esta constatação, por sua vez, não significa a impossibilidade da previsão desta garantia às mães para amamentarem seus filhos nos editais de concursos públicos no âmbito da administração pública dos demais entes federativos. Conforme é amplamente aceito pela doutrina, bem como pela jurisprudência pátria, o edital possui força de lei entres os candidatos e a banca organizadora, ou seja, basta que esteja prevista no edital de determinado concurso público, no âmbito destes entes federativos, a garantia do direito à amamentação durante as provas ou etapas do concurso, que este então será direito líquido e certo da mãe lactante.

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Inclusive, vale frisar, que, também por causa da autonomia administrativa dos entes federativos, as previsões, tanto em editais de concursos esparsos ou em leis estaduais, municipais ou distritais supervenientes, podem ser diversas das que constam na lei 13.872/2019, de sorte que, por exemplo, preveja este direito para mães com bebês cujas idades sejam maiores ou menores ou o tempo definido para a amamentação seja menor ou maior que o previsto na lei federal supra.

Definitivamente o ideal é que os estados, municípios e Distrito Federal se espelhem ou se inspirem na lei 13.872/2019 e promovam a mesma busca pela isonomia e pelo direito das mulheres e das crianças. Na prolação de seu voto a deputada Clarissa Garotinho, que foi a relatora deste projeto na Câmara dos Deputados afirma em entrevista a equipe do blog Folha Dirigida (2019): “Tenho certeza que não faltará sororidade, não faltarão legisladoras mulheres para corrigir esses tipos de falhas nas legislações em suas cidades e estados”¹⁶, enfatizando pela necessidade de inserção dessas medidas em todo o país.

Conclusão

Foi abordado neste trabalho o avanço que a lei 13.872/2019 trouxe para o direito das mulheres e das crianças, mostrando-se senão como um marco jurídico-positivo para a atribuição de eficácia normativa ao dispositivo de proteção constitucional à maternidade e à infância, inscrito no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, no que diz respeito ao direito de as mães poderem amamentar seus filhos durante a realização de provas ou outras etapas de concursos públicos no âmbito da administração pública federal, direta ou indireta, com a peculiaridade de não serem prejudicadas inclusive no tempo destinado a realização da prova.

¹⁶ FOLHA DIRIGIDA (Rio de Janeiro). *Entenda os impactos da lei sobre amamentação em concursos públicos*: Deputada Clarissa Garotinho, relatora do PL, fala sobre os impactos com a sanção da lei sobre amamentação em concursos públicos. 2019.

Por outro lado, tão relevante quanto o descrito acima, está a promoção da igualdade material, da isonomia de fato entre as candidatas que têm que amamentar seus filhos e os demais concorrentes participantes de certame público. Trata-se de verdadeira equiparação de forças, de promoção de possibilidade de uma concorrência justa para a mãe lactante, porque dá o direito de esta amamentar seus filhos, processo de suma importância para a saúde do bebê e da mãe, sem prejuízo no tempo que esta candidata disponha para realizar a prova ou etapa do concurso.

Evidenciou-se a importância deste diploma normativo para a luta dos direitos das mulheres e das crianças, reconhecendo-o como paradigma para todos os níveis da federação. Conforme foi demonstrado no trabalho, a lei 13.872/2019 é norma cogente de aplicação limitada à administração pública federal, direta ou indireta, portanto, não vincula os demais entes federativos, ou seja, estados, municípios e Distrito Federal. Entretanto, esta aplicabilidade restrita é decorrente tão somente da autonomia administrativa de cada ente federativo, de sorte que, qualquer outro ente tem o poder de legislar sobre a amamentação durante a realização de concursos públicos.

Por fim, deve-se reconhecer que a indispensabilidade do direito de amamentação durante os concursos públicos reconhecidos legalmente pela lei 13.872/2019 deve servir de inspiração para que os estados, municípios e o Distrito Federal promovam a devida regulamentação em suas respectivas jurisdições para garantir, assim, este direito inerente à mulher e à infância em todos os níveis da República brasileira. E que, enquanto isto não se concretiza totalmente, o ideal para a promoção, em todo território nacional, da igualdade e da proteção da maternidade e da infância seja a previsão de tal direito em todos os editais de concursos públicos.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 de out. De 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.872, de 17 de setembro de 2019**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13872.htm#art6>. Acesso em: 14 out. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FOLHA DIRIGIDA (Rio de Janeiro). **Entenda os impactos da lei sobre amamentação em concursos públicos**: Deputada Clarissa Garotinho, relatora do PL, fala sobre os impactos com a sanção da lei sobre amamentação em concursos públicos. 2019. Juliana Goes - Editor. Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/noticias/concurso/especial/entenda-os-impactos-da-lei-sobre-amamentacao-em-concursos-publicos>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- MARQUES, Emanuele Souza; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; PRIORE, Sílvia Eloiza. **Mitos e crenças sobre o aleitamento materno**. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n5/a15v16n5.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Direito de as candidatas lactantes amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos: Análise propositiva do projeto de lei do Senado nº 156, de 2015** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/05/10/direito-de-as-candidatas-lactantes-amamentarem-seus-filhos-durante-realizacao-de-concursos-publicos-analise-propositiva-do-projeto-de-lei-do-senado-n-o-156-de-2015/> Acesso em: 12 de out de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e suas novas perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords.). **Tratado de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 722.

Mulheres refugiadas na era da precarização dos direitos sociais: um problema de direitos humanos ¹

Valdênia Brito Monteiro ²

Introdução

Um dos desafios enfrentados pelos direitos humanos tem sido a questão dos refugiados, pessoas obrigadas a deixar a região ou o país, tentando fugir de conflitos armados e guerras por perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade ou opinião política. Segundo a Organização das Nações Unidas-ONU, em 2017, o número de pessoas em situação de deslocamento foi de 68,5 milhões em todo o mundo. **Dados do Jornal Muller³, revelam que mulheres e crianças representam 2/3 dos refugiados, o que lhes colocam no grupo mais vulnerável a violações de direitos humanos.**

Este trabalho tem como objetivo aprofundar a situação das refugiadas e a precarização dos direitos sociais, tendo como marco a globalização neoliberal. É evidente que a situação dos refugiados (homens e mulheres) representa um problema mundial de sofrimento, insegurança

¹ Este trabalho foi apresentado no I Seminário Luso-Brasileiro de Direito Público na Universidade Lusófona do Porto-Portugal, em julho de 2019. Em novembro apresentou no Congresso de Direito Constitucional Publius.

² Doutoranda pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Professora da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), coordenadora do Curso de Especialização em Direitos Humanos (Unicap), colaboradora do Humanitas/Unicap e faz parte do Grupo de Pesquisa Estudos Latino-americanos em Direitos Humanos -EELAS/Unicap. valdenibrito@yahoo.com.br.

³ JORNAL MULIER. Mulheres e crianças já são 2/3 dos refugiados e representam grupo mais vulnerável à violência, 2006.

e incertezas frente às mais variadas violações de direitos humanos. No entanto, o recorte dá-se a partir de um olhar de gênero. Sabe-se que as mulheres passam pelas mais variadas formas de violência nas travessias para outros países. Muitas delas são as únicas responsáveis pelos filhos, sobrevivendo a situações mais precárias. Neste sentido, a problematização responderá ao seguinte questionamento: até que ponto as mulheres refugiadas estão condenadas a uma eterna precarização de seus direitos ou uma morte anunciada?

1. Crise do capitalismo neoliberal e a precarização dos direitos sociais

A partir dos anos 70, o mundo se vê frente à crise do capital e o modo de produção capitalista se organiza, pressionando o Estado para a redução da sua função de implementação de políticas públicas sociais. Essas transformações se iniciam nos anos 70, nos países centrais, Estados Unidos-EUA e Grã-Bretanha, marcando a passagem ideológico-econômica, e em 1980 nos países do sul. No âmbito penal, começa a colocar em prática teorias conservadoras, maquiadas de progressistas. Em tempos de crise, o controle formal é articulado com sua mão de ferro. Para Georg Rusche e Otto Kirchheimer, o sistema penal não é algo isolado do sistema econômico. Toda mudança no controle da criminalidade é aliada ao sistema de produção e da legitimação da ordem social dominante⁴.

É o período da chamada Terceira Revolução Industrial, em que o mundo das tecnologias da informação e comunicação (TICs) por redes de computadores abre caminho para o capitalismo mundial contemporâneo. O mundo torna-se cada vez mais globalizado, havendo a integração das economias e das sociedades nessa nova fase da economia mundial.

Nos anos 80, assiste-se a uma virada Mundial na construção da sociedade globalizada⁵, em que o mundo vive grandes contradições, como

⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

⁵ Também chamada de pós-modernidade (Lyotard), pós-modernidade ou modernidade líquida (Bauman), modernidade tardia (Giddens) ou modernidade reflexiva (Beck).

a queda do muro de Berlim, a abertura dos países comunistas, a desmistificação da polaridade da Guerra Fria, e crise do Estado de bem-estar social, que representa uma realidade que abala em grande escala o mundo do trabalho. Nessa contradição, a transformação tecnológica vai produzir grandes mudanças no mundo laboral.

Para Norberto Bobbio⁶, o Estado de Bem Estar Social⁷ seria “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”. É importante assinalar que este Estado Providência, entre as décadas de 1940 e 1960, foi um projeto que ficou conhecido como a “era dourada do capitalismo”, em que os países mais desenvolvidos e em expansão capitalista garantiam direitos sociais e empregos aos seus cidadãos. Um cenário de desenvolvimento econômico industrial em expansão e de implementação de políticas sociais. Boaventura de Souza Santos diz

O Estado Social é resultado de um compromisso histórico entre as classes trabalhadoras e os detentores do capital. Este compromisso foi a resposta a uma dolorosa história recente de guerras destrutivas, lutas sociais violentas e crises econômicas graves.⁸

O Brasil, bem como os outros países da América Latina, não conseguiu estruturar um Estado de Bem-Estar com semelhante aos dos países de Primeiro Mundo. Tentou, a partir da Constituição de 1988, construir um aparato de bem-estar, no entanto foi tardio, ocorrendo exatamente no período da prevalência do ‘consenso de Washington⁹, quando as políticas sociais vinham sendo retraídas.

⁶ BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed.UNB, 2007 p.416.

⁷ Também chamado de Estado-providência ou Estado social.

⁸ SANTOS, Boaventura Santos. *Estado social, estado providência e de bem estar social*. Carta Maior. 2012. n.p.

⁹ Foi uma recomendação internacional em 1989, elaborada pelo economista norte-americano John Williamson que anunciava a conduta econômica neoliberal com a intenção de combater as crises e misérias dos países subdesenvolvidos, sobretudo os da América Latina. As principais propostas eram a reforma fiscal, alternado o sistema tributário (arrecadação de impostos), com o objetivo de diminuir os tributos para as grandes empresas para que elas aumentassem seus lucros; e abertura comercial no sentido de aumento das importações e das exportações através da redução das tarifas alfandegárias e políticas de privatizações.

O neoliberalismo, por sua vez, traz um discurso de imposição de uma economia com liberdade absoluta de mercado e de restrições à intervenção do Estado no âmbito social. Uma de suas características é a retração do Estado de bem-estar social¹⁰ e adaptação de direitos trabalhistas aos interesses de empresários, privatização de empresas estatais e desregulação do mercado. Nesse período, foi construído um mito de que a classe trabalhadora estava em franca retração; de que a revolução tecnológica se expandiria deixando a classe trabalhadora em “estado terminal”¹¹. É um período do colapso das ideias de certeza e de verdade, de questionamento das utopias antigas. O projeto utópico de sociedade é negado pela pós-modernidade.

Zugmunt Bauman¹² expressa que o grande desafio na pós-modernidade continua sendo a miséria humana. Diz que o Estado como força centrípeta é engolido por forças centrífugas do privado; o Estado é minimizado. E questiona: será que a Previdência Social continuará a ser um direito?

As consequências e implicações vão trazer, de forma dramática, para o mundo do trabalho, novos conceitos de empregabilidade no perfil do trabalhador, cujo fenômeno vai se manifestar no grande crescimento de desemprego de massa de longa duração nos países centrais. A nova globalização representa a flexibilização de muitos direitos. Em termos sociais, a gravidade do problema passa especialmente pelo trabalho assalariado, que, tal como caracterizado no século passado, foi considerado fator privilegiado de integração social de construção de identidades e condições de cidadania. Esta é de alguma forma reforçada com a constituição do Estado Providência, uma vez que os benefícios sociais que são garantidos aplicam-se aos que estão inseridos no mercado de trabalho.

¹⁰ O denominado “Estado Neoliberal” surgiu nos anos 1960, tendo como marco a publicação do livro *Capitalism and Freedom* (Capitalismo e Liberdade), pelo economista Milton Friedman. Este foi um dos mais influentes teóricos do liberalismo econômico do século XX.

¹¹ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2018. P. 27.

¹² BAUMAN, Zugmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

Para Jean Ziegler¹³, relator especial para alimentação da Organização das Nações Unidas-ONU, as empresas multinacionais privadas, no total de 500, detêm 52% do PIB do mundo (todos os setores reunidos, bancos, serviços e empresas). Elas monopolizam um poder econômico-financeiro, ideológico e político. Eles escapam de todos os controles de Estado, parlamentares, sindicais ou qualquer outro controle social. O capitalismo é o modo de produção que mais mostrou vitalidade nos avanços tecnológicos e de inovação e tem uma produtividade muito superior a qualquer outro do passado, incluindo o da escravidão. Ao mesmo tempo é um modelo que escapa de todo o controle político, sindical ou da ONU. A estratégia é única: maximização dos lucros, no tempo mais curto, não importando a qual preço. A consciência coletiva está sendo cimentada por uma ideologia neoliberal de que o homem não é mais o sujeito da história e que apenas pode se adaptar à situação e às forças do mercado, que obedecem às leis naturais.

Segundo o Relatório Antipobreza (2019) da Oxfan, os 26 indivíduos mais ricos do mundo concentram riqueza equivalente ao patrimônio dos 3,8 bilhões de pessoas que formam a camada mais pobre da população mundial, ou seja, 50% das pessoas em todo o planeta.

Ricardo Antunes diz que a estrutura produtiva no mercado de trabalho incorporou e aumentou a exploração da força do trabalho da mulher. Pontua o autor:

A presença feminina no mundo do trabalho nos permite acrescentar que, se a consciência de classe é uma articulação complexa, comportando identidades e heterogeneidades, entre singularidades que vivem uma situação particular no processo produtivo e na vida social, na esfera da materialidade e da subjetividade, tanto a contradição entre o indivíduo e sua classe, quanto aquela que advém da relação entre classe e gênero, tornaram-se ainda mais agudas na era da contemporaneidade.¹⁴

¹³ *A democracia representativa está esgotada*. Entrevista concedida a Jamil Chade, publicada por SWI, 2019.

¹⁴ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 6.ed. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2018. p 27.

A “globalização hegemônica”, assinalada por Santos¹⁵, é entendida como um conjunto de relações que opera, alimentando a desigualdade entre países ricos e países pobres, acentuando a migração internacional em massa, reduzindo direitos etc. A desigualdade que destrói o Estado Social tem sido propícia para um discurso do “bode expiatório”. Na Europa grupos de extrema direita têm colocado a responsabilidade do caos nos imigrantes e refugiados.¹⁶

Manuel Castells¹⁷ diz que a “globalização da economia solapou e desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade do Estado Nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais, tais as crises financeiras e violação de direitos humanos”.

É importante ressaltar, também, que a chamada globalização neoliberal tem seus paradoxos e atravessa as mais diversas áreas da vida social.

No pós-guerra havia a necessidade de repensar a paz no mundo e estabelecer novos paradigmas de ação dos Estados, a começar pela preocupação com a dignidade da pessoa humana. A segunda guerra mundial trouxe estragos imensuráveis, fazendo com que se pensasse na reestruturação do Estado a partir de novos paradigmas que levassem em consideração os direitos fundamentais.

É nesse período que é criada a Organização das Nações Unidas – ONU –, com o objetivo de cooperação em relação ao direito internacional, à segurança internacional, ao desenvolvimento econômico, ao progresso social, aos direitos humanos e à paz mundial.

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, anunciada como uma carta principiológica, veio para nortear os Estados-Nação sobre

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b

¹⁶ Pesquisa realizada em 2016 do Instituto IPSOS, em 22 países, incluindo o Brasil, expõe que há uma **rejeição** generalizada das pessoas em relação a **imigrantes e refugiados**. A pesquisa revelou que os cidadãos em todas as nações avaliadas acham que a quantidade de pessoas imigrando para seus países está crescendo, e que isso gera impactos negativos nos países internamente.

¹⁷ CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.17.

a importância da dignidade inerente a todos os membros da família e de seus direitos iguais e inalienáveis, fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

No âmbito do direito constitucional, este representou o renascimento do neo-constitucionalismo, na Europa continental, realizando uma crítica ao positivismo e à crença no progresso cego, ao afastamento da filosofia e de discursos como legitimidade e justiça. Foi um pensamento que dominou toda metade do século XX.

As novas constituições trouxeram um catálogo de direitos fundamentais com o objetivo de ordenar uma nova realidade política e social, a partir dos preceitos nela contidos. Constituições mais garantistas com vocação transformadora. Uma das novidades é o catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, inspirados no valor da igualdade, como atuação do Estado na realização de direitos-prestações com objetivos sociais; mostrando que o modelo dogmático tradicional era insuficiente e que haveria a necessidade de alterar os mecanismos habituais de produção jurídica, ou melhor, da necessidade de elaboração de normas capazes de proteger os princípios negados pelos Estados totalitários.

Para Luigi Ferrajoli¹⁸, “os direitos fundamentais sempre se consagram no momento em que a pressão dos excluídos torna-se irresistível para os que estão incluídos”. Logo, não existe alternativa à guerra que não a universalização dos direitos, vinculando-os intimamente à paz enquanto objetivo global. Mas, logo veio a crise garantista da Constituição. Esta foi desafiada pela incapacidade do Estado de efetivar direitos, chocando-se com o imperativo econômico ou do capital. Alfonso Campuzano Julios¹⁹ diz que a crise do Estado-Nação vai além, manifestando diante da incapacidade de realizar políticas públicas; no deslocamento da soberania, na incapacidade de realizar respostas a problemas urgentes de cunho social.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p.39.

¹⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. JULIOS-Trad. José Luis Bolzan de Moraes et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

O cientista político inglês, Colin Crouch²⁰, pontua que o neoliberalismo tem levado para a construção do pós-democracia. Pela primeira vez fez uso do conceito de pós-democracia, expondo que apesar de existir o aparato institucional formal da democracia representativa com eleições, e os governos e os partidos políticos estarem atuando, seus poderes são diminuídos, operando como executores da política neoliberal debaixo da doutrina “não há alternativa”.

Para Rubem Casaro²¹, expressa que um Estado, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal. Fins que levam à exclusão social de grande parcela da sociedade, o aumento da violência, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento “normal” do Estado pós-democrático.

Conclui Boaventura de Souza Santos²² que a segunda década do milênio está dominada pelo monopólio de uma concepção de democracia de baixa intensidade que facilmente se confunde com a antidemocracia. Afirma o autor que a “sociedades politicamente democráticas e socialmente fascistas”, para da conta das novas formas de dominação e exploração nas sociedades contemporâneas; pela crise do contrato social (pela ideia de que noções como as de igualdade, justiça, solidariedade e de universalidade deixam de ter valor). Para Boaventura de Souza Santos²³

A ideia de fascismo social refere-se a relações sociais de poder de tal modo desiguais que, no contexto social e político em que ocorrem, a parte (indivíduos ou grupos) mais poderosa exerce um direito de veto sobre aspectos essenciais da vida da parte menos poderosa. Está presente nas relações de trabalho à margem das leis laborais ou quem envolvem imigrantes, particularmente imigrantes indocumentados; as relações familiares dominadas pela violência doméstica em suas múltiplas formas; as relações de apartheid social, assentadas no racismo, que hoje continuam presentes nas sociabilidades e nas estruturas urbanas; as relações do capital financeiro com

²⁰ CROUCH, C. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity, 2004.

²¹ CASARO, Rubem. Do estado democrático de direito ao estado pós-democrático. *Revista CULT*. 2017.

²² SANTOS, Boaventura de Souza. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016.

²³ Idem. p. 131 e 132.

o país em que investe e desinveste sem outro motivo além do lucro especulativo; as comunidades camponesas sujeitas à violência de milícias privadas; a privatização de bens essenciais, como água, quando a empresa concessionária passa a ter direito de veto sobre a vida das pessoas: quem não paga a conta fica sem água.

No Brasil foi a partir da Constituição de 1988 que veio à tona o novo constitucionalismo. A Constituição fez a travessia do Estado autoritário para Estado Democrático de Direito.

Na América Latina, pós-ditaduras militares, dá-se o processo de democratização e o papel dos movimentos sociais na construção de uma constituição cidadã que leva em consideração os direitos humanos, a partir dessa pauta importante que são os direitos sociais.

Nessa conjuntura, os movimentos contra hegemônicos, diz Santos²⁴, têm papel relevante na construção de uma agenda de discussões e propostas que deem conta de temas como exclusão social, pauperização, feminilização da pobreza, entre outros.

Com a transição para a democracia, os movimentos sociais e partidos acreditavam que o Estado brasileiro tinha chegado ao momento de reduzir as desigualdades sociais e a pobreza. Que a constituição cidadã era suficiente para consolidar valores mínimos de proteção social. Esqueceram que a história brasileira tem déficit de cidadania e democracia para exigir direitos, e que a constituição cidadã é aprovada em meio a uma pressão do capital para que o Estado seja mínimo. O processo de globalização produz um esvaziamento da própria ordem constitucional, aprisionando a partir da emergência de um paradigma jurídico global, formando o constitucionalismo mercantil global.

No mundo globalizado faz-se necessário a adaptação do ordenamento jurídico. O panorama jurídico, nos tempos atuais, vislumbra uma complexidade de instrumentos normativos, múltiplas instâncias administrativas. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas; assim a globalização multiplicou os foros, instâncias

²⁴ Idem. P.79.

internacionais, os quais os Estados-Nação participam direta ou indiretamente.

Para Julios-Campuzano, aprofundando sobre o direito nos tempos atuais expõe:

Não pode desconhecer a realidade da crescente implicação recíproca de múltiplas instâncias jurídica e que as normas operam como complexas redes normativas em que cruzam e entrecruzam preceitos de natureza diversa, conformando um emaranhado dificilmente corrigível, cuja vigência e âmbito transcende com frequência as próprias fronteiras estatais.²⁵

No âmbito dos fluxos das grandes instâncias financeiras e comerciais que operam no mercado global, surgem consequências diretas sobre a capacidade do Estado de governança e de execução de seus programas políticos, devido ao retorno à ideologia do *laissez-faire*, de um capitalismo desterritorializado que representa uma ameaça à preservação do sistema de liberdades da sociedade, principalmente em países em desenvolvimento.

Vale pontuar que não é possível desconsiderar as diversas instâncias e as complexidades existentes no âmbito de uma sociedade globalizada, em que o Estado é compelido a submeter-se aos ditames da economia mundial, agravando ainda mais a crise do Estado Social no âmbito da efetivação dos direitos sociais. No entanto, diante dessa realidade, os tratados internacionais de direitos humanos são fundamentais na luta por direitos. Boaventura de Souza Santos²⁶ diz que “radicalizar a democracia significa intensificar sua tensão com o capitalismo” e, ao mesmo tempo, “construir uma luta contra hegemônica de direitos humanos, recuperando o potencial emancipatório, dando voz aos direitos coletivos dos grupos sociais”²⁷, excluídos ou discriminados, e procedendo um diálogo com outras concepções da dignidade humana e outras práticas em sua defesa.

²⁵ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. JULIOS-Trad. José Luis Bolzan de Moraes et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p.78.

²⁶ SANTOS, Boaventura Souza. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 118.

²⁷ Idem. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

São práticas descoloniais de direitos humanos, de valorização de um conhecimento de grupos excluídos, de potencial transformador frente ao domínio das forças produtivas. Flores (2003) diz que os direitos humanos necessitam de uma visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômades e híbridas, para superar os resultados universalistas e particularistas.

Por isso, nessa luta contra hegemônica e contraditória, os movimentos de direitos humanos têm como instrumento de luta a resistência, pelo mundo solidário, mesmo sabendo que o processo aponta para o individualismo global. Inserida nessa ótica, a questão dos refugiados é um dos pontos de discussão. As pessoas se deslocam para fugir das situações de sofrimento. No caso do tratado internacional, os países que ratificaram, comprometeram-se com o refúgio, colocando-se na perspectiva de oferecer proteção com a mesma igualdade dos seus cidadãos, apesar de muitas vezes a proteção representar muito mais uma retórica no âmbito das garantias sociais.

2. Mulheres refugiadas e os direitos humanos

Hoje se vive a maior crise humanitária do planeta, desde 1945, pós-guerra, informa a Organização das Nações Unidas. No ano de 2018, 141 milhões eram vítimas de crises humanitárias, na sua maioria da África e Oriente Médio. A questão dos refugiados é uma delas. Hoje se tem mais de 68,5 milhões de pessoas deslocadas, destes 25,4 milhões são refugiados (pessoas que buscam proteção em um outro país), mais de metade dos quais são menores de 18 anos e 40 milhões são deslocados internos (deixaram suas casas por algum motivo, mas se deslocaram dentro do país). Do total de refugiados, **dados do Jornal Mulier**, em 2016 revelam que **mulheres e crianças representam 2/3 dos refugiados, o que lhes colocam no grupo mais vulnerável a violações de direitos humanos.**

Apesar de este trabalho dá ênfase ao refugiado, faz-se necessário o conceito mais abrangente de migração trazida pela Organização

Internacional para as Migrações (IOM)²⁸, que define o fenômeno da migração humana como sendo o movimento de uma pessoa, ou um grupo de pessoas, por meio de fronteira internacional ou dentro do próprio Estado, abrangendo qualquer movimento da população, seja qual for sua extensão, sua composição e suas causas, incluindo-se a migração de refugiados, deslocados internos, migrantes econômicos, reunificação familiar e asilo, dentre outras finalidades.

No caso da legislação sobre refugiado tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assim como outros tratados internacionais e regionais importantes, eles reconhecem que todas as pessoas, incluindo migrantes e refugiados, possuem direitos humanos.

A Convenção de 1951 sobre o **Estatuto dos Refugiados** e seu protocolo de 1967 não consideram aqueles que fogem da fome como refugiados. Pessoas que chegam aos destinos, sobretudo aos países chamados desenvolvidos, são qualificadas como “migrantes ilegais por razões econômicas”. Por não ter amparo legal que justifique sua migração, sofrem discriminação e perseguição por sua condição de “ilegal”. As vítimas da fome são convertidas em delinquentes.

Conceitualmente, Refugiados são definidos e protegidos no direito internacional como pessoas que estão fora de seus países de origem por temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que exigem salvaguardas adicionais, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 14, afirma o direito de toda e qualquer pessoa procurar e se beneficiar de refúgio. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) é um órgão das Nações Unidas criado pela resolução nº 428, da Assembleia das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, que tem como missão dar apoio e proteção a refugiados de todo o mundo, bem como apoiar a supervisão e implementação.

²⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE MIGRAÇÃO. *Migrant well-being and development*. Genebra: OIM, 2013.

O Brasil também assinou, em 1984, a declaração de Cartagena – marco para refugiados na América Latina – e, em julho de 1997, publicou sua lei nacional de refúgio (lei nº 9.474/97). A Convenção, no seu artigo 33, traz o princípio de *non-refoulement* (que significa ‘não devolução’). De acordo com este princípio, refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações onde suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça.

O termo “migrante” não existe em nível internacional, é compreendido como um processo voluntário de alguém que cruza uma fronteira em busca de melhores oportunidades econômicas, por desastres naturais, fome extrema. Os refugiados não podem retornar às suas casas com segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional.

Um indivíduo é refugiado por conta da falta de proteção em seu país de origem. O status de refugiado independe da rota realizada na busca de proteção ou das oportunidades para reconstruir sua vida. Neste sentido eles têm os direitos econômicos e sociais garantidos, como direito à saúde, direito ao trabalho e à educação etc. Ao chegar ao país do refúgio, têm alguns direitos assegurados, a exemplo da carteira do trabalho, cadastro de pessoa física, e registro nacional de estrangeiro. Já a lei que define os direitos dos cidadãos imigrantes tem caráter restritivo. Vale pontuar que qualquer pessoa em deslocamento por crise humanitária vive dificuldades comuns.

A partir do contexto neoliberal, imigração e/ou refúgio significa discorrer sobre massas de pessoas provenientes de países periféricos e que se deslocam principalmente para os países centrais e que, muitas vezes, ocupam posição subalterna no mercado mundial. Os países periféricos eram considerados saudáveis para as economias dos países centrais como fonte de força de trabalho e instrumento para evitar o aumento de salários e obrigações sociais; já para os periféricos, meio de evitar o desemprego.

Para Fábio Túlio Barroso²⁹, a mercantilização do trabalho é um elemento de desagregação da capacidade organizativa dos trabalhadores frente ao desemprego e aos empregos precários, derivados do incremento do poder empresarial.

Os países centrais, a partir da década de 1970, países com tradição de imigração como Inglaterra, França, Bélgica e Alemanha, que recrutavam pessoas de ex-colônias, começaram a aplicação de políticas restritivas. Hoje 85% dos refugiados estão em países em desenvolvimento, tentando reconstruir suas vidas. “O número de refugiados cresceu mais de 50% nos últimos dez anos, o que mostra uma “sociedade complexa, mais marcada pelos desequilíbrios socioeconômicos, pela violência e intolerância do que pelo respeito à igualdade e à dignidade humana”³⁰..

As piores condições de trabalho passaram a ser disseminadas no trabalho de imigrantes e refugiadas como parte necessária do sistema produtivo, a exemplo da feminilização, a degradação do trabalho no regime flexível pós-fordista. Patrícia Lillen³¹ diz que o “resultado do desenho neoliberal e discricionário das políticas imigratórias já era bastante claro nos anos 1990”. São considerados os periféricos emergenciais, ou melhor, refugiados da periferia capitalista. “Nas sociedades economicamente menos desenvolvidas as políticas públicas se manifestam no sentido de manter a miséria em níveis suportáveis”.³²

O conceito de “feminilização da pobreza”, cunhado por Diane Pearce, em 1978, parte da ideia de que a pobreza está se tornando um problema feminino. O empobrecimento das mulheres tem a ver com o aumento na proporção de famílias pobres chefiadas por mulher. O Relatório do Desenvolvimento Humano (1995) do Programa das Nações Unidas para o

²⁹ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. 1ª. ed. (ano 2004), 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005, p.64.

³⁰ MILESI, R.; CARLET, F. Refugiados e políticas públicas. In: SILVA, C. A. S. (Org.). *Direitos humanos e refugiados*. Dourados: Ed. UFGD, 2012, p.27.

³¹ VILLEN, Patrícia. Fronteiras porosas e a explosão da mobilidade indocumentada. *Argum.* Vitória, v. 8, n. 3, p. 29-39, set./dez. 2016.

³² BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. 1ª. ed. (ano 2004), 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005, 34.

Desenvolvimento – PNUD/ONU – trouxe, pela primeira vez, a discussão de que “a pobreza tem o rosto de uma mulher”. Por outro lado, a fome tem aumentado no mundo, segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO (2018). Em nível mundial, quase 821 milhões de pessoas – cerca de uma em cada nove – foram vítimas da fome em 2017, um aumento de 17 milhões em relação ao ano anterior.

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL –, em seu relatório de 2017, expõe que os níveis de pobreza e de extrema pobreza na América Latina aumentaram como média regional entre 2015 e 2016; que atualmente mais da metade das mulheres latino-americanas ocupadas está em setores de baixa produtividade, e delas somente uma em cada cinco está afiliada ou contribui para a previdência social.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – expressa a tendência crescente de feminilização da migração laboral na América Latina e no Caribe. Quase 53% dos migrantes em idade ativa (entre 20 e 64 anos), identificados no continente americano, são mulheres. Também é notável a alta participação das mulheres migrantes na força de trabalho dos países de destino na região, que é de 55,7%, maior que a de mulheres que não são migrantes, que é de 54%. Crianças com menos de 18 anos de idade representam 52% da população refugiada no mundo. Elas podem ter testemunhado ou experimentado violência e, no exílio, estão em risco de abuso, negligência, violência, exploração, tráfico ou recrutamento militar.

É importante salientar que a participação das mulheres tem a ver com trabalhos de baixas remunerações e no setor da informalidade. Roger Zetter expõe

A crescente complexidade, imprevisibilidade e os indiscriminados padrões de violência, conflito e perseguição – e os igualmente complexos e diversos padrões de mobilidade de pessoas que são forçadas a se deslocarem – desafiam a eficácia das práticas e normas de proteção estabelecidas. Dentre outros fatores causadores de risco estão a pobreza e a baixa governança, que podem precipitar a migração involuntária. Geralmente é uma combinação de fatores que se apresentam no cerne desses deslocamentos. Assim, então, muitas

pessoas deslocadas ficam fora das bem-estabelecidas categorias, padres e instrumentos porque as normas definem com muita precariedade o desafio das necessidades e da natureza da proteção³³.

A redução da pobreza no mundo tem uma relação direta com políticas sociais universalizantes, mas o que se percebe é que as políticas públicas contemporâneas perderam sua amplitude devido ao poder do mercado. São solitários os lugares onde estão as mulheres vulneráveis, por serem *estrangeiras, imigrantes, refugiadas, indígenas, negras etc. Assim, muitas mulheres refugiadas, por sua condição, passam por múltiplas discriminações:*

- ✓ *Alvos do estupro como arma de guerra, de riscos de abusos sexuais;*
- ✓ *A jornada em busca de um recomeço, vive o preconceito por seu status como refugiada ou migrante;*
- ✓ *Impossibilidade de ter um emprego e, quando tem, ganham menos do que os homens e as mulheres nativas. Na sua maioria, o trabalho que conseguem é de doméstica;*
- ✓ *Como provedora da família, muitas chegam com filhos ou grávidas, sem conhecer ou confiar em ninguém, dificultando mais ainda a possibilidade de empregos informais e mal remunerados;*
- ✓ *Dificuldade de moradia, além de comprovar a renda. Assim, acabam tendo que sublocar quartos ou casas em condições precárias de terceiros, que cobram caro pelo “serviço”;*
- ✓ *Dificuldade de comunicação devido ao idioma;*
- ✓ *Acesso à educação, creches, serviço de saúde, que representam uma dificuldade para os nativos se transforma em um fardo para os refugiados;*
- ✓ *A tripla jornada, como mães e trabalhadoras, também pesa mais para essas mulheres.*

Considerações finais

Até que ponto as mulheres refugiadas estão condenadas a uma eterna precarização de seus direitos ou uma morte anunciada? O debate leva a afirmar que SIM, para os desrespeitos aos direitos e a clara feminilização

³³ ZETTER, Roger. *Protecting forced migrants: a state of the art of concepts, challenges and ways forward*. Berna, Suíça: Federal Commission on Migration FCM, 2014. p. 12-13.

da pobreza e muitas vezes para a morte anunciada, a morte da subjetividade, do direito de sonhar “que um novo mundo é possível”. A discriminação contra as mulheres e meninas refugiadas é causa e consequência do deslocamento forçado. Mas a discriminação tem uma “cara” que é agravada pela origem étnica, deficiências, físicas, religião, orientação sexual etc. Essas mulheres, que são obrigadas a se deslocarem, sofrem muitos riscos, buscando sobreviver ou subsistir. O processo de expansão do capitalismo incrementa níveis de desigualdades e contradições sociais. A médio prazo não se percebe perspectivas, a não ser ações reativas, muito embora importantes, tomadas pelos órgãos internacionais de direitos humanos. É preciso desconstruir os falsos valores dominantes, assegurando uma sociedade de vida superior.

O desencanto com os direitos humanos não pode prevalecer em detrimento da emancipação e da dignificação dos seres humanos. Só a partir das lutas sociais contra hegemônicas, da construção de novas formas de solidariedades e processos dinâmicos contra uma ordem mundial de dominação, será possível a plena realização da dignidade humana.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2018.
- BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho**. 1ª. ed. (ano 2004), 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**, 2007. Brasília: Ed.UNB.
- BAUMAN, Zigmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CASARO, Rubem. Do estado democrático de direito ao estado pós-democrático. **Revista CULT**. 2017. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home>. Colunistas <https://revistacult.uol.com.br/home/categoria/colunistas/>. Acesso em: 31.05.2019.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE- CEPAL. **Relatório sobre a erradicação da pobreza**. 2017. Disponível em <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pobreza-aumento-2016-america-latina-alcanzo-al-307-su-poblacion-porcentaje-que-se>. Acesso em : 01.06.2019.

CROUCH, C. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos interculturalidade e racionalidade da resistência**. 2003. Disponível em: <http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2017/08/ARTIGO-1-FLORES-Direitos-Humanos-e-Racionalidade-de-Resistencia.pdf> Acesso em: 31.012017.

JORNAL MULIER. **Mulheres e crianças já são 2/3 dos refugiados e representam grupo mais vulnerável à violência**. Publicado em 27 jun. 2016. Disponível em <http://jornalmulier.com.br/mulheres-e-criancas-ja-sao-23-dos-refugiados-e-representam-grupo-mais-vulneravel-a-violencia/>. Acesso em 06. 06 2019.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. JULIOS-Trad. José Luis Bolzan de Moraes et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

MILESI, R.; CARLET, F. Refugiados e políticas públicas. In: SILVA, C. A. S. (Org.). **Direitos humanos e refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012.

FAO-ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO- E A AGRICULTURA –FAO (2018). FAO: **Fome aumenta no mundo e na América Latina e no Caribe pelo terceiro ano consecutivo**. Disponível em <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1152336/>. Acesso em: 02.06.2019.

OIM –ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE MIGRAÇÃO. **Migrant well-being and development**. Genebra: OIM, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **Estado social, Estado providencia e de bem estar social**. CARTA MAIOR. 2012. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>. Acesso em 22 de maio de 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **Se Deus fosse um activista dos direitos humanos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Introdução geral à coleção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b.

Patrimônio dos 26 mais ricos equivale ao dos 50% mais pobres do mundo. UOL- Economia. 21 .01.2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/01/21/patrimonio-mais-ricos-relatorio-oxfam-pobreza.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 29.05.2019.

Pesquisa revela alta rejeição a refugiados e imigrantes no mundo. *Folha de São Paulo*. 11.08.2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1801673-pesquisa-revela-alta-rejeicao-a-refugiados-e-imigrantes-no-mundo.shtml>. Acesso em: 30.05.2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

VILLEN, Patricia. Fronteiras porosas e a explosão da mobilidade indocumentada. *Argum.* Vitória, v. 8, n. 3, p. 29-39, set./dez. 2016 . Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.18315/argumentum.v8i3.14711> Acesso em: 31.05.2019.

ZETTER, R. **Protecting forced migrants: a state of the art of concepts, challenges and ways forward**. Berna, Suíça: Federal Commission on Migration FCM, 2014.

ZIEGLER, Jean. **A democracia representativa está esgotada**. Entrevista concedida a Jamil Chade, publicada por SWI em 14 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589310-a-democracia-representativa-esta-esgotada-entrevista-com-jean-ziegle>. Acesso em 29 de maio de 2019.

Parte VII

Instituições, direitos e democracia

A necessidade do fortalecimento da defensoria pública: novas perspectivas institucionais

Beatriz Maria Martins Claudino

Introdução

A Defensoria Pública é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado que, possui a finalidade de promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial ou extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos dos indivíduos à margem da sociedade, os ditos hipossuficientes e os vulneráveis.

Essa instituição originou-se da Constituição Cidadã de 1988. Tal Carta Magna ampliou os direitos dos cidadãos brasileiros, sendo assim, criou a Defensoria Pública para prestar um amplo serviço público e gratuito, de viés democrático, com fins assistenciais jurídicos, destinado diretamente a suprir as demandas da população carente. Dessa forma, o serviço ministrado pelo referido órgão público visa assegurar o amplo e irrestrito acesso à justiça, vislumbrando efetivar o exercício real da democracia e da cidadania.

Contudo, ao longo dos anos, mesmo com todos os avanços institucionais e com todas as prerrogativas que legitimam a atuação da Defensoria Pública, é perceptível enxergar a continuidade da situação precária a qual a instituição se encontra, bem como é possível perceber a inércia governamental derivada da insuficiência de investimentos e de dedicação do poder público com esse órgão. Outrossim, mais um aspecto

de suma importância, que deve ser também salientado, é o investimento monetário desproporcional entre as instituições de função essencial à justiça.

Ademais, pelos motivos que foram expostos, o referido artigo busca averiguar, através da Lei Complementar nº 80/94 e das diversas Emendas Constitucionais, entre elas: a EC nº 45/04; a EC nº 74/13; e a EC nº 80/14, a extensão das prerrogativas institucionais da Defensoria Pública, além das características dessas alterações, incluindo, a concessão das autonomias orçamentária, funcional e administrativa.

Dessa maneira, o presente artigo busca compreender o conceito da Defensoria Pública, os seus princípios, a sua principal finalidade: o acesso à justiça, as suas recentes autonomias conquistadas e quais seriam as, supostas, causas para a perpetuação do descaso com essa instituição de função essencial à justiça.

Por fim, o referido estudo tem a finalidade de enfatizar a função imprescindível da instituição que presta assistência jurídica gratuita, ao mesmo tempo em que procura externar a necessidade do fortalecimento desse órgão de acordo com as novas perspectivas institucionais.

1. Defensoria pública

A Defensoria pública é uma instituição permanente, que busca efetivar o dever estatal de assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita a todas as pessoas que comprovem insuficiência de recursos, conforme do art. 5º, LXXIV e art. 1º da Lei Complementar nº 80/94.

Tal instituição foi estabelecida expressamente pela primeira vez através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo prevista no Título IV – Da organização dos poderes, capítulo IV – Das funções essenciais à justiça, com a finalidade de efetivar direitos, além de prestar a função jurisdicional do estado, através de assistência judicial gratuita, e garantir o acesso à justiça aos indivíduos hipossuficientes.

Nesse sentido, a partir da redação modificada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, o art. 134 da CRFB/88 passou a estabelecer outras características e funções da Defensoria Pública. Assim, pode ser observado:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.¹

Outrossim, devido a tais alterações, deve-se enfatizar que a atuação da Defensoria não se limita a procedimentos executados apenas diante do poder judiciário. Através da interpretação do artigo acima, é possível analisar as expressões “*orientação jurídica*” e “*defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial*”. Ou seja, a atuação dessa instituição de função essencial à justiça pode acontecer, inclusive, através de consultas jurídicas ou de procedimentos administrativos.

Ademais, também podem ser extraídos desse art. 134 da CRFB/88 as expressões “*instrumento do regime democrático*” e “*a promoção dos direitos humanos*” que conferem a essa instituição a defesa dos vulneráveis através da proteção, da propagação, da divulgação e da compreensão dos direitos humanos existentes. Assim, por consequência dessas atribuições, o exercício da cidadania, tão primordial para o aperfeiçoamento da democracia, pode ser garantido.

Esse mesmo artigo da CRFB/88 é constituído de quatro parágrafos que melhor especificam a atuação dessa nobre instituição. O primeiro parágrafo, anterior parágrafo único, foi o único dos parágrafos que, de fato, estava presente quando a Carta Magna atualmente vigente foi promulgada; o segundo parágrafo foi acrescentado pela Emenda

¹ SENADO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

Constitucional nº 45/04; o terceiro parágrafo foi adicionado a Constituição Cidadã devido a Emenda Constitucional nº 74/13; já o quarto parágrafo foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 80/2014 que, também alterou o caput do art. 134.

Dessa forma, o parágrafo primeiro estabelece como será a organização das Defensorias Públicas sejam estas da União, do Distrito Federal e Territórios, e dos Estados. Devido a esse parágrafo é definido que as normas gerais para a organização dessa instituição serão determinadas por meio de Lei Complementar que deverá reger os cargos de carreira, desde que providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos. Além disso, tal parágrafo ainda prevê a vedação do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais e assegura aos servidores do órgão a garantia da inamovibilidade.

Assim, o atual primeiro parágrafo do art. 134 da CRFB/88, anterior parágrafo único desse mesmo artigo, buscou estruturar a Defensoria Pública do Distrito Federal, dos Territórios, e da União, bem como instituiu normas gerais a serem seguidas pelas Defensorias Públicas Estaduais, as quais necessitariam ainda de Leis Complementares de âmbito estadual para definir o regime de carreira dos servidores e a organização interna do órgão público.

Deve-se ainda salientar o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 que propiciou a autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas Estaduais, assim como a Emenda Constitucional nº 74/13 que proporcionou a Defensoria Pública do Distrito Federal e a Defensoria Pública da União as mesmas autonomias que, nos termos da CRFB/88, regem as Defensorias Públicas dos Estados.

A Emenda Constitucional nº 80/2014, além de modificar o *caput*, também complementou os parágrafos ao adicionar o quarto, e último, parágrafo do art. 134. Este determinou os princípios institucionais da Defensoria Pública, dentre eles: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Ademais, a Lei Complementar nº 80/94, também chamada de Lei Orgânica da Defensoria Pública, foi instituída para determinar os princípios, as funções e a organização, de fato, dessa instituição de função essencial à justiça. Tal Legislação somente veio ser modernizada e expandida com a Lei Complementar nº 132/09 que, assim como o segundo parágrafo do art. 134 da CRFB/88, regulamenta autonomias da Defensoria e designa novas funções, tais como atividades extrajudiciais.

Contudo, apesar da previsão constitucional e da Lei Orgânica da Defensoria Pública, poucos estados possuíam a sua própria Defensoria Pública Estadual, tendo a maioria dos estados membros da federação brasileira somente instalando esse órgão, durante o final da década de 90 e início dos anos 2000. As últimas instituições com fins assistenciais jurídicos criadas, foram a dos estados do Paraná (2011) e de Santa Catarina (2012).

Assim, resta claro observar que, mesmo com todos os avanços aos quais a Defensoria Pública, como instituição essencial à justiça, vem conquistando ao longo das duas últimas décadas, é possível também visualizar o nítido desnivelamento ainda existente entre essa instituição autônoma e os demais órgão públicos. Dessa forma, deve-se buscar a consolidação da Defensoria Pública e, desse modo, o desenvolvimento de uma democracia ampla que permita a todos o acesso à justiça.

2. Os princípios da defensoria pública

Para melhor compreensão das explicações que vem a seguir, é importante esclarecer os princípios institucionais da Defensoria Pública. Sendo assim, inicialmente, sabe-se que os princípios são a base de sustentação do ordenamento jurídico de um país, logo, são os fundamentos dos quais são derivadas as normas jurídicas. Assim, pode-se compreender os princípios como os alicerces que amparam uma legislação.

Destarte, como explicado no capítulo anterior, a Emenda Constitucional nº 80/2014 acrescentou o quarto parágrafo do art. 134, ou seja, estabeleceu alguns dos princípios institucionais da Defensoria Pública: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Desse modo, é viável contemplar esses princípios relativos à instituição e as suas respectivas definições. Porém, antes é preciso compreender um princípio basilar da CRFB/88 e, principalmente, da Defensoria Pública: o princípio do acesso à justiça.

O primeiro princípio a ser visualizado é fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro, é também o princípio que permite a compreensão da finalidade existencial da Defensoria Pública. Sendo assim, o princípio do acesso à justiça deve ser percebido como uma forma do Poder Judiciário apreciar e garantir os direitos ameaçados, violados ou lesionados, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio do acesso à justiça, comumente, também é nomeado de norma-princípio pois, é considerado uma espécie de determinação fundamental e essencial para a existência do ordenamento jurídico. Além disso, esse princípio viabiliza que todos os indivíduos, independentemente de toda e qualquer diferença, tenham a oportunidade de buscar a solução do conflito através dos meios judiciais. Percebe-se que esse princípio permite a cidadania.

Outrossim, é importante enfatizar que o princípio do acesso à justiça não se restringe simplesmente ao ingresso de ações no Poder Judiciário. O entendimento é que o acesso à justiça é compreendido através de meios judiciais ou extrajudiciais, bem como não há necessidade de acontecer uma decisão, de fato, justa. Em outras palavras, trata-se da oportunidade de buscar a justiça e não de um vínculo obrigatório entre o que é justo e a legalidade.

Ademais, como explicado antecipadamente, após o parágrafo quarto ser acrescentado ao art. 134 da CRFB/88, através da Emenda Constitucional nº 80/2014, os princípios institucionais da Defensoria

Pública foram estabelecidos, dando destaque aos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

O Princípio da Unidade demonstra que a integridade da Defensoria Pública, apenas, pode ser compreendida dentro de cada Defensoria Pública, respeitando, portanto, o preceito federativo. Ou seja, não existe princípio da unidade entre a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou de cada um dos Estados. Desse modo, deve-se perceber que essas instituições existem simultaneamente e de forma autônoma entre si.

Além disso, qualquer afronta relativa à atuação de uma das unidades da Defensoria Pública, pode ser defendida por outra unidade dessa instituição pois, é salutar destacar que as investidas contra a Defensoria Pública visam atacar, justamente, a finalidade do referido órgão público: garantir a defesa dos vulneráveis, independentemente, do qualquer cenário político.

Outrossim, o princípio da unidade garante aos servidores públicos da instituição a atuação não vinculada, ou seja, não é o Defensor Público em si que realiza tal conduta e sim, a instituição Defensoria Pública.

Outro preceito que deve ser analisado é o princípio da indivisibilidade. Esse princípio demonstra que os defensores públicos devem conservar as atividades que estão sendo realizadas, assim, se outro membro da defensoria se ausentar, outro servidor público pode substituí-lo e preservar a perenidade das atuações institucionais.

Contudo, tal substituição só pode ocorrer se estiver estabelecida em normas infralegais ou em regimentos internos da própria Defensoria. Caso, não exista previsão legal, não é permitido que a função de qualquer servidor público dessa instituição seja exercida por terceiro, mesmo que esse também seja funcionário público.

Existe também o princípio da inamovibilidade que define que o defensor público não pode ser removido de maneira compulsória, sem a

autorização deste já que, possui o pleno direito de exercer suas funções de servidor público da instituição na localidade em que foi lotado.

O princípio da independência funcional refere-se à ausência de hierarquia entre os órgãos da administração pública, ou seja, a inexistência de subordinação entre os próprios membros da Defensoria Pública. Dessa maneira, compreende-se que os defensores públicos, somente, precisam seguir as diretrizes estabelecidas na Carta Magna de 1988 e nas legislações infralegais.

Além disso, devido ao princípio da independência funcional, o defensor público tem a obrigação de atuar em consonância com os próprios valores e segundo as suas concepções particulares, sem a interferência de membros da instituição ou dos outros poderes.

Ademais, o princípio da independência funcional é também restringido pelo princípio da voluntariedade dos recursos visto que, este obriga que exista vinculação entre a apresentação das razões recursais do defensor público e à demonstração de interesse do recorrente.

Dessa forma, percebe-se que os princípios são a base do ordenamento jurídico, por esse motivo existem diversos outros preceitos que também regem a Defensoria Pública. Todos esses possuem a mesma finalidade, proteger os interesses coletivos e individuais dos vulneráveis, bem como preservar a continuidade dessa instituição de função essencial à justiça.

3. Acesso à justiça

O acesso à justiça é uma garantia constitucional, da mesma forma que é também um direito fundamental. Desse modo, é possível perceber que em um ordenamento jurídico em que este não existir, os demais direitos não poderão ser assegurados, em outras palavras, sem o acesso à justiça, os hipossuficientes dificilmente teriam a aplicação das suas prerrogativas constitucionais.

Sendo assim, segundo o Ilustre Defensor Público do estado de São Paulo, Dr. Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré:

O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam. A assistência jurídica voltada para os hipossuficientes é, pois, o móvel indispensável para a realização dos direitos e, em consequência, da igualdade. (RE, 2013, p.38)²

Assim, o acesso à justiça deve ser observado como a concretização da igualdade e do exercício pleno da cidadania pois, devido a esse direito fundamental, existe a possibilidade de todo e qualquer indivíduo ter acesso ao Poder Judiciário e, dessa maneira, concretizar o seu direito de ação.

A função social do acesso à justiça é a busca pela garantia de uma ordem jurídica democrática e justa que, tem como finalidade alcançar a paz social através do exercício da cidadania. Ou seja, a função social do acesso à justiça é a constante procura humana por um direito justo, imparcial e legítimo, para assim, atingir uma justiça realmente eficaz.

Além disso, para compreender a atualidade, é necessário assimilar os acontecimentos históricos do Brasil e do mundo. É importante evidenciar as constantes diferenças entre as classes sociais, principalmente, após a ascensão do Capitalismo e o fim das Duas Guerras Mundiais. Assim, tornou-se ainda mais notória a cisão existente entre os estratos sociais. Dessa maneira, diante das enormes injustiças realizadas contra a classe baixa, os direitos humanos e fundamentais foram ganhando força e a busca pelo acesso à justiça equânime passou a possuir maior destaque internacional.

No Brasil, o século XX foi um período bastante intenso, tendo, inclusive, este país passado por três décadas de ditadura militar declarada, além de também, durante esse mesmo íterim, ter passado por cinco alterações do poder constituinte originário. Após tal contexto histórico, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã, símbolo dos avanços das liberdades civis e da garantia aos direitos dos cidadãos brasileiros.

² RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Manual do Defensor Público. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2018.

Desse modo, é salutar compreender o momento histórico ao qual a CRFB/88 foi estabelecida, ao mesmo tempo em que se verifica o direito de ação e o direito de petição previstos nesta mesma Carta Magna, conforme art. 5º, XXXV e XXXIV, alínea “a”, da CRFB/88. Aquele corresponde a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, e este trata-se de “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Em outras palavras, enquanto o direito de ação pode ser traduzido como acesso à justiça para todos, o direito de petição corresponde ao ato, daquele indivíduo que se sentiu lesado, de ir a juízo pleitear o seu próprio direito ou defender-se de ato ilegal.

Outrossim, o art. 5º da CRFB/88, em seu inciso LXXIV propõe que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ou seja, a assistência judiciária gratuita e integral é a possibilidade dos indivíduos vulneráveis e hipossuficientes terem amplo acesso à justiça. É, em síntese, uma busca por uma ordem jurídica mais justa. Essa é a real finalidade da Defensoria Pública.

Dessa forma, pode-se concluir que a Defensoria Pública pode ter surgido após a CRFB/88, contudo, os ideais dessa instituição vêm de muito antes. É preciso entender o passado para compreender o presente. Por esses e outros motivos, tal órgão público é fundamental para a existência da democracia já que a Defensoria foi criada como uma resposta e, principalmente, como uma garantia para os indivíduos que estão à margem da sociedade.

3.1 Acesso à justiça por Cappelletti e Garth – ondas renovatórias³

Conforme o tema abordado, os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisaram, a partir da década de setenta, a evolução dos meios aplicados para viabilizar o acesso à justiça. Dessa forma,

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

sistematizaram no livro “Acesso à Justiça”, a clássica divisão das três grandes ondas renovatórias.

Primeira onda renovatória:

A primeira delas, é extremamente relacionada a finalidade da instituição Defensoria Pública, é a assistência judiciária gratuita aos menos favorecidos economicamente. Assim, discorre sobre a grande necessidade da existência de órgãos públicos direcionados a atuação assistencial completa e gratuita a parcela necessitada da população.

Dessa forma, é plausível perceber que a primeira onda renovadora se centraliza nos indivíduos hipossuficientes econômicos que, muitas vezes, além de não possuírem condições financeiras para arcar com os custos processuais, também desconhecem quais são os seus próprios direitos. Assim, pode-se deduzir que tal grupo de baixa renda encontra-se incapaz de acessar o Poder Judiciário.

Seguindo essa linha de raciocínio, os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth compreendem três modelos jurídicos. O primeiro deles seria o sistema *Judicare* que baseia-se no poder público contratar advogados particulares para realizar os atos processuais dos indivíduos vulneráveis. A finalidade deste sistema era, justamente, garantir que os hipossuficientes fossem representados com a mesma qualidade das pessoas que pudessem remunerar um advogado particular.

O segundo sistema seria o modelo de assistência judiciária. Tal modelo, diferentemente do sistema anterior, entendia que os serviços deveriam ser realizados por escritórios que se encontrassem próximos às comunidades. Logo, seriam propostas da comunidade para a sua própria classe.

O terceiro sistema seria um modelo combinado, em outras palavras, um sistema mesclado entre o sistema *Judicare* e o sistema de assistência jurídica. Esse sistema permite a escolha por advogados públicos ou particulares para prestarem os atendimentos, além de ter como finalidade

a busca por melhor qualidade dos serviços jurídicos destinados aos economicamente desfavorecidos.

Sabe-se que a primeira onda renovatória dos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, trazendo para o contexto atual brasileiro, refere-se, de maneira sutil, a atuação Defensoria Pública, a instituição que possui o objetivo de proporcionar o acesso à justiça aos necessitados, bem como de assegurar a proteção da cidadania e de vislumbrar uma ordem jurídica menos excludente.

Segunda onda renovatória:

A segunda onda renovatória cappellettiana, diferentemente da primeira, trata-se da defesa e da representação dos interesses coletivos *lato sensu*, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essa onda foi primordial para a transformação do processo civil que era concentrado em conflitos entre particulares e passou a contemplar também os direitos da coletividade.

Na legislação atual do Brasil, a segunda onda renovatória de acesso à justiça, passou a ter maior destaque por meio do Código de Defesa do Consumidor, da Lei da Ação Civil Pública e das normas esparsas ambientais. Ademais, na atualidade, os direitos transindividuais encontram-se, cada vez mais, presentes no judiciário brasileiro, seja através da ação civil pública, da ação popular, do habeas corpus coletivo, do mandado de injunção coletivo, do mandado de segurança coletivo, dentre outros exemplos.

Destarte, é de conhecimento geral que, devido a evolução social e histórica do país, o direito vêm passando por diversas mudanças relativas a coletivização de ações jurídicas que outrora seriam ajuizadas de forma individualizada. Normalmente, ao falar de causas coletivas, o primeiro órgão público a ser lembrado é o Ministério Público, todavia, tais inovações também se refletiram diretamente na atuação da Defensoria Pública que, por exemplo, passou a fazer parte do rol dos entes legitimados à

propositura da ação civil pública, com a Lei Ordinária nº 11.448/2007, que alterou a Lei Ordinária nº 7.347/85.

Todavia, neste exemplo específico, a admissão da legitimidade da Defensoria Pública para propor Ações Cíveis Públicas não foi bem aceita por parte dos juristas brasileiros. A situação apenas se normalizou quando o próprio Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 3.943 e reiterou legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública.

Mesmo com essas recentes legitimidades da instituição autônoma de função essencial à justiça, muitas Defensorias ainda buscam aprimorar os seus núcleos temáticos de causas coletivas para assim, garantirem uma maior efetividade dessas complexas ações judiciais.

A segunda onda renovatória encontra-se sedimentada e aceita por grande partes dos juristas ao redor do mundo visto que, por mais que existam obstáculos, para diminuir as desigualdades e reforçar a cidadania, os hipossuficientes, dessa vez no âmbito coletivo, necessitam ter o efetivo acesso à Justiça.

Terceira onda renovatória:

A terceira onda renovatória de acesso à justiça refere-se às propostas alternativas para a resolução de conflitos de forma mais célere e menos onerosa tanto para o poder público, quanto para as custas processuais. Dessa forma, trata-se da imprescindibilidade de buscar meios inéditos de mecanismos jurídicos que propiciem, seja através de meios judiciais ou de meios extrajudiciais, maior acessibilidade ao poder judiciário.

No Brasil, essa terceira fase pode ser representada pela Lei nº 9.099/95. Esta lei diz respeito a criação dos Juizados Especiais que foram estabelecidos para solucionar lides menos complexas, bem como para desafogar o abarrotado poder judiciário. Vale ressaltar ainda que, por serem mais simplórios, os juizados permitem de forma mais eficaz o acesso à justiça, além de não haver necessidade de representação das partes por advogados particulares ou defensores.

Outro ponto que deve ser salientado referente a terceira onda renovatória no ordenamento jurídico brasileiro, seria a audiência preliminar de conciliação ou mediação, prevista no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Esta audiência preliminar é extrajudicial, podendo, inclusive, extinguir o processo com resolução de mérito, caso aconteça acordo.

Ademais, a audiência de conciliação e de mediação ocorre por meio de um terceiro não interessado no objeto da lide que atua de maneira imparcial. Na conciliação, o terceiro interfere de maneira mais direta no litígio, as partes não são tão próximas e por isso, o conciliador pode intervir e sugerir soluções para o conflito. Diferentemente da conciliação, a mediação acontece em situações em que exista proximidade entre as partes, devido a esse motivo, o mediador apenas facilita a comunicação dos litigantes e deixa que as próprias partes proponham as soluções para sanar o desentendimento.

Outro meio alternativo à jurisdição é a arbitragem, método heterocompositivo, prevista na Lei nº 9307/96. A arbitragem visa celeridade processual e possibilita uma maneira mais fácil de acessar à justiça já que acontece quando um terceiro, com poder de decisão, é eleito pelas partes do conflito para resolver a lide, sem a necessidade de ir ao poder judiciário.

Dessa forma, essa terceira onda renovatória de acesso à justiça busca facilidades para os litigantes, bem como proporciona descongestionamento dos processos do judiciário, barateia as custas processuais para os indivíduos hipossuficientes e, devido as simplicidades, proporciona maior efetivação dos direitos dos litigantes.

4. Autonomia da defensoria pública

A Defensoria Pública é uma instituição extra poder, ou seja, não deve se submeter aos interesses e objetivos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Dessa forma, foi percebida a necessidade

de conceder as autonomias funcional, financeira e administrativa para essa instituição de função essencial à justiça.

Essas autonomias citadas acima foram asseguradas, inicialmente, para as Defensorias Públicas estaduais, através da Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou ao art. 134 da CRFB/88, o segundo parágrafo o qual estabelece que:

Art. 134

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.⁴

Cada uma dessas autonomias possui características específicas. Deste modo, a autonomia funcional pode ser definida como um privilégio institucional que se relaciona diretamente com a eficiência dos serviços efetuados pelos próprios funcionários públicos. Já a autonomia administrativa seria a aptidão que a instituição dispõe para se organizar internamente de acordo com os próprios interesses dos seus membros. Enquanto a autonomia financeira, também chamada de autonomia orçamentária, estabelece que a Defensoria apenas se subordina financeiramente a Lei de Diretrizes Orçamentárias, da mesma forma que ocorre com o Ministério Público, outra instituição de função essencial à justiça, e com os Poderes Legislativo e Judiciário que recebem os créditos disponibilizados até o vigésimo dia de cada mês, através dos duodécimos, conforme art. 168 da CRFB/88, visto a seguir:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria

⁴ SENADO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.⁵

Ademais, tratando-se ainda da autonomia orçamentária, é salutar enfatizar que o duodécimo deve ser calculado de acordo com o valor correspondente da receita líquida anual do Estado. Além disso, o duodécimo também é obrigatório e deve ser realizado através de repasse do Poder Executivo, por meio de seu chefe de estado, aos poderes e as instituições de função essencial à justiça sem renda própria que precisam do montante repassado para cumprir as finalidades correspondentes a sua existência.

Desse modo, as Defensorias Públicas dos Estados, de acordo com o segundo parágrafo do art. 134 da CRFB/88, teoricamente, passariam a desenvolver os respectivos serviços fundamentais da instituição, sem a obrigatoriedade de se submeterem a aprovação política do Poder Executivo Estadual, ou de qualquer outro poder.

Como pode ser percebido no decorrer desse capítulo, a ausência da concessão das autonomias para as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, afetaram diretamente a continuidade do Estado Democrático de Direito. Tais instituições autônomas de função essencial à justiça deveriam possuir paridade constitucional já que, foram concebidas para executar a mesma finalidade: garantir e proteger direitos dos hipossuficientes.

Através da Emenda Constitucional nº 74/13 esse equívoco presente na Carta Magna brasileira foi sanado. Assim, as mesmas regras e autonomias que regem as Defensorias Públicas Estaduais, também passaram a imperar diante das Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, devido a isonomia necessária pela função constitucional.

Contudo, mesmo que todas as Defensorias ao redor do país atuem de maneira equivalente, para que as autonomias constitucionalmente previstas sejam realmente efetivadas, é necessário que tais liberdades

⁵ SENADO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

existam além do mundo teórico. Os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu homônimo livro, *Acesso à Justiça*, citado no capítulo anterior, já compreendiam que a problemática existencial seria relativa ao sistema político vigente já que, este indispensavelmente procederá da política realizada pelo próprio governo. Ou seja, trazendo essa tese para o acesso à justiça na atualidade, tal independência das instituições que defendem os vulneráveis provém de atos desempenhados pelo Poder Executivo, logo, dependeriam do contexto político do país e não seriam imunes a esta conjuntura.

Desse modo, é justificável deduzir que, por mais que sejam previstas autonomias institucionais na Constituição Cidadã, infelizmente, tais liberdades ainda não foram (e talvez nunca sejam) plenamente alcançadas. É extremamente admirável observar os parágrafos segundo e terceiro do art. 134 da CRFB/88, todavia, devido ao cenário governamental, repetidas vezes, a Defensoria Pública pode vir a se sujeitar ou, até mesmo a se valorizar, dependendo dos interesses de quem está à frente do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Essa argumentação, em seu aspecto valorativo, pode ser percebida na EC nº 80/14 que acrescentou a proporcionalidade entre o número de defensores públicos e a população da localidade em que estes exercem suas funções laborativas, bem como concedeu o prazo de oito anos para todas as unidades jurisdicionais da nação terem tais servidores públicos, de acordo com o primeiro e segundo parágrafos do art. 98, como pode ser observado a seguir

Art. 98º

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

*§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.*⁶

Dessa maneira, pode-se constatar quão imprescindíveis foram, para o crescimento que a Defensoria Pública teve ao longo dos últimos quinze anos, as autonomias orçamentária, funcional e financeira. Porém, é razoável admitir que não é suficiente já que, essas liberdades não acontecem em sua totalidade. Deve-se, inclusive, salientar a importância de dificultar as interferências políticas nas atuações das Defensorias Públicas visto que, em diversos momentos, os direitos dos hipossuficientes chocam diretamente com os interesses dos políticos ou das grandes empresas que patrocinam os partidos políticos e suas dispendiosas campanhas eleitorais. Assim, é correto afirmar que sem essas autonomias, a instituição permaneceria sem poder decisório e sem força política, contudo, tais independências não são suficientes para o pleno êxito do órgão público.

Por fim, é compreensível perceber que, na realidade, somente a verdadeira emancipação da Defensoria pública poderá garantir a correspondência desta com outras instituições de função essencial à justiça. Apenas, dessa forma, será possível absorver a força da assimilação dos clássicos estudiosos do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth. A solução é mais clara e simples do que se pode inicialmente deduzir: para garantir a igualdade entre os cidadãos, a Defensoria, por ser uma instituição extra poder, também precisa ser tratada com a mesma igualdade que as outras instituições de função essencial à justiça e que os Poderes Legislativo e Judiciário são mantidos.

⁶ SENADO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

5. Necessidade do fortalecimento

No decorrer desse artigo, é perceptível o fortalecimento da Defensoria Pública, ao longo das últimas décadas. Contudo, como afirmado anteriormente, ainda não é o suficiente. Um órgão com finalidade tão nobre, como a da Defensoria, deveria possuir ainda mais visibilidade e contar com maior quantidade de auxílios governamentais.

Após as Emendas Constitucionais, o art. 134 que, originou a Defensoria Pública, foi complementado com informações de suma importância já que, este buscou consolidar essa instituição de função essencial à justiça. Mesmo assim, é gritante a necessidade do fortalecimento desse órgão público que ainda depende tanto dos três poderes para exercer suas atividades.

Não é surpresa assistir em noticiários situações em que a Defensoria Pública precisou requerer judicialmente ao Governo do Estado repasses atrasados do duodécimo devido ao órgão. Observa-se que o duodécimo é uma garantia da instituição, logo, seu recebimento deveria ser obrigatório, porém, não é o que verdadeiramente acontece. No estado da Paraíba, por exemplo, entre os anos de 2014 e 2017, o estado havia retido valores extremamente significativos que deveriam ter sido repassados para manutenção das atividades da Defensoria Pública Estadual.⁷

Deve-se salientar, mais uma vez, que, nessas situações, o Poder Executivo não pode reter tais valores pois, a Defensoria Pública possui autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Desse modo, por dispor dessas independências, especialmente da autonomia financeira, não há qualquer justificativa supralegal para o Governo do Estado permanecer contrariando as previsões constitucionais.

Ademais, é importante dar ênfase ao fato de que, o estado não pode justificar contingência de gastos para não repassar o devido duodécimo as

⁷ MAIS PARÁIBA. Juiz determina repasse integral à Defensoria. Publicado em: 08 ago. 2019. Disponível em: <https://www.maispb.com.br/401785/juiz-determina-repasse-integral-do-duodécimo-a-defensoria.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

instituições autônomas de função essencial à justiça. Assim, o contingenciamento não deve ser realizado apenas pelo Poder Executivo visto que, como foi explicitado diversas vezes ao longo do texto, o órgão público que o estado está mantendo possui independência orçamentária, funcional e administrativa, por isso, possui a própria liberalidade de decidir qual será a medida mais benéfica a ser tomada pela respectiva instituição.

Outro ponto de grande importância que enfraquece bastante a atuação da Defensoria Pública é o desconhecimento. Por ter surgido apenas após a CRFB/88, muitos indivíduos com perfil de assistidos da instituição, não a conhecem ou quando tem tal informação, possuem receio em confiar em um serviço público e gratuito. Assim, é necessário que aconteça uma maior intervenção midiática que mostre para a população carente qual a finalidade e qual a importância desse órgão público. A Defensoria existe, justamente, para garantir a cidadania desses indivíduos à margem da sociedade, logo, para tal fim ser atingido é necessário o compartilhamento da informação.

Mesmo com o advento da EC nº 80/14, nem todas as unidades jurisdicionais possuem Defensores Públicos. Todavia, apesar dessa inércia governamental, no ano de 2017, a Defensoria Pública foi considerada a instituição mais respeitável e confiável entre os órgãos do sistema de justiça, conforme encomenda realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).⁸ Dessa forma, é viável constatar que se ocorresse a devida destinação de recursos e se autonomias fossem verdadeiramente garantidas, a instituição atuaria com ainda mais qualidade.

Destarte, outro fato que comprova a urgente necessidade do fortalecimento da Defensoria Pública é o número exorbitante de gastos estatais realizados para pagar defensores dativos. Estes são advogados

⁸ DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ. Defensoria Pública é instituição mais importante para brasileiros e a mais confiável do sistema de justiça. Publicado em: 14 set. 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-publica-e-instituicao-mais-importante-para-brasileiros-e-a-mais-confiavel-do-sistema-de-justica/>. Acesso em: 24 mar. 2020

arbitrados pelo juiz para causas em que a própria defensoria não possui servidores suficientes para atuar em todos os atos processuais.

Existem estados no país com gastos exorbitantes de defensores dativos. Mediante a análise de um caso in concreto, no ano de 2018, a ADEPES (Associação dos Defensores Públicos do Estado do Espírito Santo), calculou aproximadamente qual seria o gasto anual que o Estado do sudeste realizava para pagar os referidos advogados. Infelizmente, a apuração assemelhou-se a vinte milhões de reais. Ademais, na realidade, o montante deve ser ainda maior visto que, os honorários de processos em execução não foram contabilizados.

É assustador compreender a dimensão dos valores gastos com defensores dativos.⁹ Seria mais acessível para os estados realizarem concursos públicos com maior frequência e assim, evitarem gastos estatais exorbitantes relativos às atuações processuais que poderiam ser efetuadas por uma instituição pública criada, justamente, com a finalidade de garantir os direitos dos hipossuficientes.

Vale ressaltar ainda que, essa situação não se deve à ausência de candidatos para prestar concursos públicos. Aliás, muito pelo contrário. Diversas vezes, mesmo com inúmeros indivíduos aprovados em concursos, dentro do prazo de validade, para exercer a função de defensor público e por mais que as Defensoria Públicas necessitem desses profissionais, tais instituições, comumente, não possuem verbas públicas suficientes para contratá-los.

Assim, é nítida a necessidade de fortalecimento da Defensoria Pública. Por mais que muito já tenha sido feito, não é o suficiente. Não é razoável que as injustiças referentes a esse órgão público permaneçam repetidamente acontecendo. A Defensoria deve ser conhecida pela coletividade como a instituição garantidora dos direitos dos indivíduos que se encontram à margem da sociedade, ou seja, o desconhecimento não

⁹ BAPTISTA, Jussara. Governo atende defensores e gastos com dativos são divulgados na Transparência. Publicado em: 11 abr. 2019. Disponível em: <https://seculodiario.com.br/public/jornal/materia/governo-atende-defensores-e-gastos-com-dativos-sao-divulgados-na-transparencia#>. Acesso em: 25 mar. 2020.

deve ser um limitador do órgão que foi criado para proteger os cidadãos hipossuficientes; ademais, mesmo a instituição tendo sido expressamente originada pelo advento da Constituição Cidadã e da Lei Complementar n° 80/94, o período entre o início das Defensorias e o momento atual é de mais de trinta anos, em outras palavras, não se deve justificar a situação a qual essa instituição se encontra a ausência de maturação institucional; além disso, os Estados não podem contrariar as normas supralegais, assim, as autonomias funcional, financeira e administrativa do órgão precisam ser exercidas em sua totalidade e não apenas em parcelas; por fim, se existe a argumentação de ausência de verbas públicas para custear as atividades das Defensorias Públicas, os defensores dativos, devido ao alto custo, não deveriam ser contratados pelos estados já que, estes custeiam os advogados que substituem os atos processuais dos funcionários públicos.

Conclusão

Conforme o exposto, a Defensoria Pública é uma instituição extra poder que possui a finalidade de garantir o acesso à justiça aos indivíduos hipossuficientes, através de atuações individuais ou coletivas realizadas por seus servidores públicos. Tal possibilidade acessível de exercer direitos, por meio de atividades judiciais ou extrajudiciais de resolução de conflitos, permite o exercício da cidadania pela camada social mais baixa.

Os princípios basilares da instituição proporcionam a compreensão a fundo do propósito pelo qual a Defensoria Pública foi originada. Sendo assim, durante as últimas décadas, tais fundamentos institucionais atuam como sustentação introdutória para os constantes avanços referentes à organização, ao desenvolvimento e a legitimidade conquistados por esse órgão público. Porém, até que momento esse desenvolvimento da instituição garantidora dos direitos dos vulneráveis é suficiente para todas as atuações previstas na CRFB/88 e na Lei Complementar n° 80/94?

De fato, não é. Como pôde ser observado ao longo do artigo, com o decorrer dos anos, a Defensoria Pública realmente vem se confirmando como uma instituição essencial para a manutenção da Democracia brasileira. Contudo, mesmo com esse significado tão imprescindível para a conservação democrática do país, os avanços institucionais ainda são insuficientes para a real necessidade do serviço público.

Nesse sentido, a concessão das autonomias orçamentária, funcional e administrativa é um dos assuntos mais questionados devido a previsão supralegal e infralegal destas. Ou seja, mesmo essas independências sendo antevistas na CRFB/88 e na Lei Orgânica da Defensoria Pública, as autonomias dessa instituição se encontram excessivamente associadas e conexas aos comportamentos políticos dos Poderes. Sendo assim, é nítido constatar que mesmo a Defensoria sendo uma instituição extra poder encontra-se intimamente relacionada aos interesses políticos governamentais, logo, essas liberdades, de fato, não são absolutas.

Portanto, conclui-se que mesmo com a expansão, nos anos 2000, dos nichos de atuação das Defensorias Pública da União, do Distrito federal e dos Estados em decorrência de contextos políticos favoráveis, a enorme necessidade do fortalecimento destas instituições permanece e precisa de maior visibilidade governamental já que tais órgãos públicos propiciam o exercício da cidadania pela população carente.

Desse modo, para finalizar, salienta-se que o presente artigo possui o propósito de propor uma reflexão acerca da extrema importância da Defensoria Pública, das suas atuações, dos seus princípios, da sua finalidade e dos seus obstáculos institucionais.

Referências

BAPTISTA, Jussara. *Governo atende defensores e gastos com dativos são divulgados na Transparência*. Publicado em: 11 abr. 2019. Disponível em: <https://seculodiario.com.br/public/jornal/materia/governo-atende-defensores-e-gastos-com-dativos-sao-divulgados-na-transparencia#>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ. *Defensoria Pública é instituição mais importante para brasileiros e a mais confiável do sistema de justiça*. Publicado em: 14 set. 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-publica-e-instituicao-mais-importante-para-brasileiros-e-a-mais-confiavel-do-sistema-de-justica/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

FRANÇA, Humberto. *Introdução à História da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco*. 1ª ed. Recife: 2013.

GALVÃO, Gabriela. *Defensoria Pública notifica Governo por atrasos no repasse do duodécimo*. Publicado em: 05 jan. 2018. Disponível em: <http://www.defensoria-publica.mt.gov.br/-/defensoria-publica-notifica-governo-por-atrasos-no-repasse-do-duodecimo>. Acesso em: 25 mar. 2020.

JÚNIOR, Filovalter Moreira dos Santos. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25453/principios-institucionais-da-defensoria-publica>. Acesso em: 24 de março de 2020.

MAIS PARAÍBA. *Juiz determina repasse integral à Defensoria*. Publicado em: 08 de ago. 2019. Disponível em: <https://www.maispb.com.br/401785/juiz-determina-repasse-integral-do-duodecimo-a-defensoria.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do Defensor Público*. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2018.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas; ROCHA, Bheron. *Autonomia e Defensoria Pública - Aspectos Constitucionais, históricos e processuais*. 1ª ed. Bahia: Juspodivm, 2018.

SENADO FEDERAL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - compilado*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

Investigação de ofício pelo STF: o caso do inquérito para investigar fake news

Bruna Stephanny Morais de Oliveira Silva

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, órgão cúpula do Poder Judiciário, tem como principal função guardar e proteger a Constituição Federal, conforme prevê o seu art. 102, que também traz em seu bojo algumas atribuições à Corte.

Na área penal, merece destaque a competência de julgar, nas infrações comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, ou seja, aqueles que detêm prerrogativa de foro.

Em que pese o sistema processual penal adotado pela Carta Magna vigente trazer a separação de funções dos sujeitos processuais, no dia 14 de março de 2019, o Presidente do STF anunciou a instauração de inquérito, de ofício, para investigar notícias fraudulentas contra os ministros da Corte e seus familiares.

Dito isto, o presente trabalho tem como objeto de estudo o referido inquérito, que tramita sob o número 4781 e será analisado desde a sua instauração até o presente momento.

Tendo como o precípua escopo fazer-se entender, o presente ensaio será fragmentado em três capítulos; sendo os dois primeiros verdadeiras premissas em que se ancoram as soluções ao problema por ele proposto no terceiro e último capítulo.

Assim, o seu primeiro capítulo terá como objetivo central, através de uma análise sobre os sistemas processuais penais, entender o modelo adotado pela CRFB/88, fazendo refletir sobre a importância da separação das funções de acusador, investigador e julgador no Processo Penal.

Com o intuito de reforçar a importância da separação de funções, o segundo capítulo se prestará a analisar a função da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Juiz.

Por fim, no terceiro e último capítulo, tratar-se-á sobre o inquérito 4781.

Trabalhar-se-á sob a hipótese de inconstitucionalidade e ilegalidade do inquérito em questão, nos seguintes moldes: O STF não possui competência para o caso; a indicação do ministro relator fere o princípio da livre distribuição; o objeto do inquérito, bem como os investigados são indefinidos.

1. Sistemas processuais penais

A palavra sistema pode ser definida como um conjunto de elementos independentes, unidos por um princípio unificador, que interagem no desempenho de uma finalidade. Os sistemas processuais penais são a comunicação entre a Constituição, o processo penal e a forma de governo de um país. São divididos em sistema inquisitório, acusatório e misto. Como o procedimento processual penal vigente garante ao acusado, por meio de princípios, direitos como o contraditório e a ampla defesa, estudar-se-á cada sistema processual para entender qual é compatível materialmente com a Constituição Federal (CRFB/88).

1.1 Sistema inquisitório

O sistema inquisitório, modelo iniciado a partir do século XII, sob a justificativa de que o sistema acusatório greco-romano não era eficiente por trazer garantias ao acusado, foi o procedimento adotado pelos tribunais eclesiásticos para a investigação criminal.

Segundo Foucault¹, no sistema inquisitorial, o processo se desenrola sem o acusado:

ter conhecimento da acusação imputada, dos depoimentos, provas, enfim, o processo criminal permanecia secreto até a sentença, sem nenhum tipo de garantia ao acusado. O réu era mero objeto de verificação, sendo impossível ao mesmo ter acesso às peças do processo, conhecer a identidade dos acusadores, inclusive ter um advogado.

O declínio do sistema inquisitório teve início na França, após a Assembleia de 1791, cujo término fora no final do século XIX, quando o sistema acusatório voltou a emergir.

Em síntese, no sistema inquisitorial a figura do acusador, defensor e juiz está centralizada numa mesma pessoa. Não há separação de funções. Também não há direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CRFB/88. Em razão disso, esse sistema é incompatível com a Carta Magna vigente.

1.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório possui dois estágios. Em um primeiro momento, na Roma e Grécia Antiga, – lugar onde fora criado o modelo em apreço – onde havia participação direta do povo no exercício da acusação. Por outro lado, após o declínio do sistema inquisitório, no final do século XVIII, o modelo acusatório reassumiu a regulação procedimental do processo penal, dessa vez com uma nova roupagem. Segundo alguns doutrinadores, entre eles Ambos e Lima, há que se falar em dois tipos de sistemas acusatórios: o sistema acusatório puro e o que vigora atualmente.

O sistema acusatório puro diz respeito ao modelo criado na Grécia antiga, onde a acusação era feita pela população, sendo vedada a denúncia anônima e penalizada criminalmente se caluniosa.

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. p. 32.

Conforme assevera Prado², o modelo adotado na época, prescindindo de uma investigação preliminar, era dirigido pelo contraditório, cumprindo às partes produzirem provas das suas declarações. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais provinha o fundamento da decisão. Neste paradigma processual as partes tinham, via de regra, a disponibilidade do conteúdo do processo, competindo ao Estado tão somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*.

Consoante anteriormente abordado, o sistema acusatório foi substituído, no século XII, pelo inquisitório, voltando a ser adotado no final do século XVIII, com uma nova roupagem.

Afirma Thums³, que o principal elemento constitutivo do sistema acusatório é a separação absoluta entre o acusador e o julgador, devendo ser considerado o pressuposto estrutural e lógico do sistema. Diferentemente do sistema inquisitório, que reunia as funções de acusar, processar e julgar, nas mãos de uma só figura, no sistema acusatório, há uma clara separação entre as funções.

Adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, no sistema acusatório há evidente distinção entre os autores processuais. O juiz exerce as funções de órgão julgador e de garantidor da preservação da aplicação de todas as garantias fundamentais das partes envolvidas. O acusador possui a função de colher todos os elementos aptos a indicação ou não daquela infração penal e de sua autoria. O defensor tem como precípua escopo a realização da defesa do acusado, da efetiva aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 108, 2001

³ THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 174.

1.3 Sistema misto

O sistema misto, como o próprio nome afirma, é o modelo bifásico, caracterizado pela mescla do sistema inquisitório e acusatório.

Conforme conceitua Tornaghi⁴, o modelo se desdobra em duas fases: a primeira,

tipicamente inquisitória, onde faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, sendo assim, sem contraditório. Apura-se o fato em sua autoria e materialidade. A segunda, por sua vez, o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.

Parte da doutrina afirma que não mais correspondem à realidade os sistemas puros

- tanto inquisitório, quanto acusatório – sendo o sistema misto o mais eficaz.

Em contramão assevera o autor Coutinho, aduzindo que “não há – e nem pode haver

- um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema”, porque não há um elemento unificador nele. O sistema nunca será misto, isso porque ou ele é inquisitório (com mitigações acusatórias) ou ele é acusatório com elementos (secundários) inquisitórios.

O sistema processual penal adotado pela CRFB/88 é o acusatório, conforme prevê o seu art. 129, I. Sendo assim, toda e qualquer lei que trazer em seu conteúdo o modelo inquisitório, é incompatível com a CRFB/88, devendo não ser recepcionada, tendo em vista que a Constituição Federal é pressuposto de validade das demais leis. Dito isto, no capítulo a seguir será explicada a função da Polícia Judiciária, do Ministério Público (MP) e do Poder Judiciário.

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II.

2. Investigação preliminar

A investigação preliminar é uma peça fundamental, instrumento garantista indispensável para justificar (ou não) o processo penal.

Também denominado inquérito policial, é a fase pré-processual onde o caso será investigado e as provas serão colhidas, de forma a restar apenas a essência dos fatos expostos.

Segundo Leone, a instrução preliminar possui duas finalidades: evitar que o imputado inocente seja submetido ao processo, que com sua publicidade (ainda que se conclua favoravelmente a ele) constitui uma causa de grave descrédito e humilhação, bem como assegurar a máxima genuinidade das provas.

Neste capítulo visualizaremos a separação de funções prevista pelo sistema acusatório, descrevendo a atribuição de cada órgão e sua importância para o processo penal.

2.1 Polícia judiciária

Conforme dispõe o art. 4º do CPP, a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá como finalidade a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Da mesma forma assevera a lei 12.830, que dispõe sobre a titularidade da investigação criminal. Vejamos o que prevê o art. 2º, §1º

Art. 2º § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Renato Brasileiro de Lima aponta que os atos de Polícia Judiciária, em sede de investigação preliminar, indicam instrumentalidade pré-processual, advindo duas funções: a preservadora e a preparatória.

A função preservadora diz respeito à precaução contra ações penais sem justa causa, infundadas ou temerárias. Já a função preparatória tem como finalidade proteger a prova contra a ação do tempo e conferir vigor à justa causa para a ação penal.

Sobre a fase final do inquérito, Zanotti e Santos conceitua como a “reconstrução” do fato, o resultado da investigação, que pode ou não ter como consequência uma futura ação penal. Independente de ensejar uma eventual ação penal, o inquérito policial terá alcançado a sua finalidade.

Em síntese, o inquérito policial é conduzido pela polícia judiciária – pelo delegado que se responsabiliza por toda a fase de investigação. Ao final, o resultado do inquérito é encaminhado ao MP, que a partir dele fará a propositura da ação penal, oferecendo a denúncia criminal.

2.2 Ministério público

Conforme supracitado, após a fase final do inquérito policial, o delegado apresentará o seu resultado ao MP, para que o mesmo ofereça a denúncia.

Entretanto, em que pese a investigação preliminar ser feita para fundamentar a futura ação penal, o processo pode existir sem esta, conforme prevê o art. 27 do CPP. *In verbis*:

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Da mesma forma aduz o art. 39, §5º do CPP.

Art. 39. §5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Sendo assim, o promotor pode dispensar o inquérito, iniciando a ação penal apenas com as informações ou representação da vítima, desde que contenha elementos indispensáveis para tal.

Entre as funções institucionais que o constituinte conferiu ao *parquet*, a titularidade da ação penal foi uma delas, conforme o art. 129, I, da CRFB/88, que prevê o princípio do sistema acusatório, responsável por garantir direitos fundamentais ao acusado, como o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e à imparcialidade do juiz.

De acordo com Prado, no Brasil, a autoridade policial esteve encarregada de investigar e processar desde o Código de Processo Criminal de 1832, no período imperial, permanecendo até a promulgação da CRFB/88, que afastou de juízes e delegados de polícia o poder de iniciar processos por crimes de homicídio e lesão corporal culposa e por contravenções penais (Lei n. 4.611/65 e artigo 531 do Código de Processo Penal). Desde então, somente o MP está autorizado a promover a ação penal pública.

Com a promulgação da CRFB/88, o MP recebeu a titularidade exclusiva para iniciar o processo, sendo órgão essencial à administração da Justiça. Essa premissa fortifica a existência do sistema acusatório, tendo em vista o distanciamento que possibilita entre o órgão acusador e o órgão julgador.

Além de órgão acusador, o MP possui a função de *custos legis*, atuando sempre que em determinado processo haja questão de interesse público subjacente. Ainda que não seja parte do processo, ele pode se manifestar.

Em suma, o MP possui fundamental importância para a efetividade do sistema acusatório, tendo em vista ser titular exclusivo da ação penal, e, além de órgão acusador, responsável por fiscalizar o processo e verificar a legalidade do mesmo.

2.3 Poder judiciário

No sistema acusatório, o Poder Judiciário é responsável unicamente por julgar a lide, sendo completamente equidistante no que tange à acusação e investigação, participando apenas da tomada de decisão no caso concreto.

Na função jurisdicional, o juiz é visto como terceiro imparcial, qualidade indispensável para que os direitos fundamentais, tanto da vítima quanto do acusado, sejam garantidos. A imparcialidade é tão importante que sua ausência pode acarretar em impedimento ou suspeição.

Nesse sentido, claro se faz a importância da imparcialidade do juiz para que seja respeitado o devido processo legal, os princípios constitucionais e, conseqüentemente, o sistema acusatório.

O juiz não pode, por exemplo, em autos de que conhecer, verificar a existência de um crime de ação pública e de pronto processar e julgar, visto que a titularidade da ação penal é privativa do MP. Vejamos o que diz o art. 40 do CPP.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

No Brasil, com a CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal (STF), recebeu poderes e competências maiores que em todas as constituições anteriores. Entre essas atribuições, o STF é responsável por guardar e proteger a CRFB/88, cumprindo todo o seu conteúdo.

Em que pese o STF possuir a responsabilidade de preservar a Carta Magna, algumas decisões de seus ministros denotam certo desprezo pelo que o texto constitucional aduz.

No capítulo a seguir analisar-se-á o caso do inquérito 4781, onde o STF, de ofício, instaurou inquérito para investigar notícias fraudulentas – fake news – contra os ministros e seus familiares.

3. O caso do inquérito para investigar fake news

No dia 14 de março de 2019, o presidente e ministro do STF, Dias Toffoli, anunciou a instauração de inquérito, de ofício, para apurar notícias fraudulentas (fake news), e investigar falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações caluniosas ou difamatórias que atingem a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

O ato tem como fundamentação legal o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e tramita em sigilo absoluto, ficando indisponível qualquer informação sobre crimes e investigados. Ao anunciar a abertura de inquérito, Dias Toffoli nomeou o ministro Alexandre de Moraes como relator. A portaria não delimita um objeto específico ou grupo a ser investigado, apenas as possíveis infrações.

No mesmo dia, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) emitiu nota em apoio ao referido inquérito, aduzindo que nos últimos meses houve ação semelhante contra a advocacia nacional, que se viu alvo de notícias falsas que buscam atingir a honra das advogadas e advogados brasileiros. Afirmou ainda que solicitará à Polícia Federal (PF) que investigue se esses ataques partiram das mesmas pessoas que agora investem contra o STF. Juízes de diversas associações emitiram nota no mesmo sentido, esclarecendo que “O Supremo Tribunal Federal não pode ficar refém de ataques, ameaças ou denúncias infundadas, que visam a atingir a honra e reputação de seus integrantes” e que a iniciativa do ministro, com base no RISTF, demonstra que ninguém está acima da lei.

Em 15 de março de 2019, um dia após o anúncio da instauração do Inquérito, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, solicitou

informações acerca do mesmo, questionando especificamente quais seriam concretamente “os fatos que são objeto do inquérito e os fundamentos da competência desta Corte para processar a investigação”, alertando que “os fatos ilícitos, por mais graves que sejam, devem ser processados segundo a Constituição” e que “a função de investigar não se insere na competência constitucional do Supremo Tribunal Federal”.

O partido político Rede Sustentabilidade, por sua vez, no dia 21 de março de 2019, propôs, com pedido de liminar, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A ADPF é uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade e volta-se contra atos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição, conforme prevê o art. 102, §1 da CRFB/88. A Rede fundamentou que o STF não possui competência para, de plano, instaurar inquérito, alegando que a abertura viola garantias básicas:

[...] ao instituir investigação criminal ilegal e inconstitucional, sem fatos específicos e contra pessoas indeterminadas, viola as garantias mais básicas do Estado Democrático de Direito e coloca em risco, em potencial, o direito de ir e vir de autoridades dos Três Poderes da União.

Segundo os advogados da Rede, o inquérito é uma retaliação ao pedido de abertura da chamada “CPI da Lava Toga”, no Senado Federal, e uma “carta branca” na mão do Tribunal para processar quem quiser.

Em trâmite como ADPF nº 572, até o presente momento o processo tem como último andamento um despacho dando vista dos autos à Procuradoria Geral da República (PGR), por estar conexo ao HC 170.285, habeas corpus impetrado pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

Quase um mês após a instauração do Inquérito de nº 4781, no dia 12 de abril de 2019, o empresário e delator Marcelo Odebrecht enviou à PF, no âmbito de uma apuração da Lava Jato no Paraná, esclarecimentos sobre menções a tratativas lícitas e ilícitas encontradas em seus e-mails pelos investigadores.

Um dos referidos e-mails foi enviado por Marcelo Odebrecht a dois executivos da empreiteira, Adriano Maia e Irineu Meirelles e trazia em seu conteúdo a seguinte frase: “*Afinal vocês fecharam com o amigo do amigo de meu pai?*”. Segundo Odebrecht o “amigo do amigo de meu pai” tratava-se do atual presidente do STF e à época ministro da Advocacia Geral da União (AGU), Dias Toffoli. Não havia nenhuma citação relacionada a pagamento no e-mail e o empresário não esclareceu quais eram as tratativas. O documento foi anexado aos autos do processo, e as revistas *Crusoé* e *O Antagonista*, ao obterem acesso, publicaram uma matéria intitulada “o amigo do amigo de meu pai”, noticiando o ocorrido.

Três dias depois da publicação da reportagem, em 15 de abril de 2019, o ministro Alexandre de Moraes mandou retirar do ar as matérias das revistas *Crusoé* e *O Antagonista*, que ligavam o nome de Dias Toffoli a Odebrecht, afirmando haver “claro abuso no conteúdo da matéria veiculada”. O relator declarou, que no dia da publicação da reportagem, Dias Toffoli “autorizou” a investigação sobre a matéria. O ministro reproduz a mensagem que recebeu de Toffoli no próprio despacho:

Exmo. Sr Ministro Alexandre de Moraes, permita-me o uso desse meio para uma formalização, haja vista estar fora do Brasil. Diante de mentiras e ataques e da nota ora divulgada pela PGR que encaminho abaixo, requeiro a V. Exa. Autorizando transformar em termo esta mensagem, a devida apuração das mentiras recém divulgadas por pessoas e sites ignóbeis que querem atingir as instituições brasileiras.

A decisão ordenou ainda que a PF intimasse os responsáveis pela publicação da reportagem para que prestassem depoimentos no prazo de 72 horas. No despacho de três páginas, Alexandre de Moraes mencionou o inquérito 4781, aberto em março, e dentro do qual a decisão foi tomada.

Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP No 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta CORTE, para o qual fui designado para condução, considerando a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi

ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão” (...) “Em razão do exposto. DETERMINO que o site O Antagonista e a revista Cruzoé retirem, imediatamente, dos respectivos ambientes virtuais a matéria intitulada “O amigo do amigo de meu pai” e todas as postagens subsequentes que tratem sobre o assunto, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), cujo prazo será contado a partir da intimação dos responsáveis. A Polícia Federal deverá intimar os responsáveis pelo site O Antagonista e pela Revista CRUSOÉ para que prestem depoimentos no prazo de 72 horas. Cumpra-se imediatamente. Servirá esta decisão de mandado.

A Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), entre outras entidades e instituições da sociedade civil se manifestaram contra a decisão do STF, acusando a medida judicial de censura, grave ameaça à liberdade de expressão e à democracia.

No mesmo dia, a ANPR impetrou habeas corpus coletivo e preventivo em defesa dos associados, buscando salvo-conduto para garantir que os membros do Ministério Público Federal (MPF) não fossem obrigados a comparecerem a oitiva do inquérito, alegando que o objetivo da impetração “em suma, é o de proteger uma coletividade de pessoas ameaçadas de forma homogênea, por ato (ainda que iminente) ilegal ou abusivo”. O HC tramita sob o nº 170.285.

A ANPR também impetrou mandado de segurança ao STF, pedindo para suspender, em caráter liminar, os efeitos da portaria que instaurou o inquérito, bem como que sejam reconhecidas suas ilegalidades e inconstitucionalidades, e, conseqüentemente, o direito líquido e certo dos seus associados para que nenhum ato do inquérito atinja qualquer procurador.

Após ordenar que matérias de revistas fossem retiradas do ar, o ministro relator determinou, no dia 16 de abril de 2019, o cumprimento de mandados de busca e apreensão contra sete pessoas suspeitas de

promover ataques ao STF. Membros do Supremo foram acusados de “bolivarianismo” e ligação com o tráfico.

Ainda no dia 16 de abril de 2019, um mês após o requerimento da PGR, sem obter resposta e sequer os autos do inquérito, a Procuradora Raquel Dodge peticionou ao STF promovendo o arquivamento do inquérito, fundamentando que, apesar de a Constituição determinar que a manifestação do MP seja requerida, o Supremo não o fez, e que as decisões tomadas pela Corte, desde a instauração do inquérito, ferem incisivamente o princípio do acusatório, da imparcialidade do juiz, e, por sua vez, o texto constitucional.

Horas depois, o Ministro Alexandre de Moraes, emitiu decisão indeferindo integralmente o arquivamento, aduzindo que, além de intempestivo, o pedido feito pela PGR não tinha nenhum respaldo legal, se baseando em premissas “absolutamente equivocadas”. Ainda, em contramão ao pedido, afirmou que a investigação fora prorrogada por Toffoli por mais 90 dias, sendo o procedimento sigiloso, inclusive para o MP.

Inúmeras diligências foram realizadas e perícias solicitadas à Polícia Federal, porém, completados 30 dias de instauração deste inquérito, houve necessidade de prosseguimento das investigações, e, nos termos previstos no art. 10 do Código de Processo Penal, solicitou-se sua prorrogação à Presidência do Supremo Tribunal Federal, que deferiu por 90 (noventa) dias, com subsequente vista à Procuradoria Geral da República para, na condição de custos legis, tomar ciência e requerer eventuais providências que entender cabíveis, no prazo de 10 (dez) dias, preservando-se o sigilo decretado.

No dia 18 de abril de 2019, outra decisão foi proferida, dessa vez revogando a decisão que ordenava que fossem retiradas do ar as matérias que ligavam o Presidente do STF a Odebrecht, esclarecendo que em momento algum o STF censurou as respectivas revistas, tendo em vista que o texto constitucional consagra a plena liberdade de expressão, sem censura prévia.

A PGR, Raquel Dodge, no dia 03 de maio de 2019, após ter vista aos autos do processo da ADPF 572, ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade, manifestou-se pela sua procedência, alegando que a portaria e o inquérito violam princípios constitucionais da separação de poderes e do juiz natural, além do sistema penal acusatório. Segundo ela, há limites constitucionais que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado, pois os fins não justificam os meios.

Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

No dia 01 de agosto de 2019, após mensagens reveladas pelo site The Intercept Brasil e pelo jornal Folha de São Paulo revelarem que o procurador Deltan Dallagnol incentivou colegas do MPF a investigar Toffoli em 2016, o ministro Alexandre de Moraes, usou do inquérito para suspender apurações da Receita Federal que atingiam 133 contribuintes, incluindo ministros da Corte, com base em “graves indícios de ilegalidade no direcionamento das apurações em andamento”.

Conforme revelou o jornal O Estado de S. Paulo em fevereiro de 2019, entre os contribuintes alvo de apuração preliminar por indícios de irregularidades tributárias estavam também a advogada Roberta Maria Rangel, mulher do ministro Dias Toffoli, e a ministra Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Além da suspensão das apurações, o ministro decidiu afastar de forma temporária dois servidores da Receita Federal, por quebra de sigilo indevida noticiada em procedimento administrativo disciplinar (PAD). Além disso, determinou a prorrogação do inquérito por mais 180 dias.

A PGR em parecer, voltou a defender a nulidade do inquérito, no dia 03 de agosto de 2019, comparando-o a um verdadeiro tribunal de exceção, por, segundo Raquel Dodge, usurpar competências do MP e ferir a

Constituição. O parecer foi emitido em resposta ao mandado de segurança impetrado pela ANPR. No documento, a procuradora pede para que o STF acolha as solicitações feitas.

No dia 06 de agosto de 2019, a PGR recorreu contra a decisão do STF de suspender as apurações da Receita Federal, esclarecendo que o caso não tem relação com o objeto do inquérito, que se referia a apurar notícias fraudulentas. O MP alega ainda que o inquérito "não observa o sistema penal acusatório".

Além de exercer o papel processual de investigador e julgador, o ministro relator é a potencial vítima do fato investigado (...) Não há como imaginar situação mais comprometedora da imparcialidade e neutralidade dos julgadores.

Integrantes da Receita Federal, em carta assinada por quase 200 auditores, pediram que o STF revesse a decisão, tendo em vista que "todos os procedimentos de fiscalização executados observam rigorosamente os preceitos constitucionais da impessoalidade".

No dia 14 de agosto de 2019, em manifestação escrita para Fachin, relator do HC 170.285, impetrado pela ANPR, Dias Toffoli informou que o inquérito instaurado vai apurar infrações cometidas "em toda a sua extensão". Fachin liberou a ação para a análise do plenário, mas não há previsão de quando o caso vai ser discutido pelo colegiado.

Pouco mais de seis meses após a instauração do inquérito, no dia 17 de setembro de 2019, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, crítica ferrenha do inquérito em apreço, finaliza seu mandato na PGR declarando estar preocupada com a democracia brasileira. Para substituí-la, o presidente Jair Bolsonaro, ignorando a lista tríplice feita pela categoria, indicou Augusto Aras. Em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, o novo Procurador-Geral da República declarou que em hipótese alguma defende o arquivamento do inquérito e que não vê nulidade alguma na investigação, ressaltando que o procedimento pode ser aberto "pelo próprio STF, pela autoridade policial, pelo MP".

Em entrevista à Globo News, no dia 18 de setembro de 2019, o ministro Dias Toffoli declarou que o inquérito descobriu ameaças “gravíssimas” na *deep web* contra os membros da Corte e cidadãos. Destacou também a importância do referido inquérito.

Esse inquérito tem sido extremamente importante para atuar nessas investigações, para também mostrar que, desde a abertura do inquérito, os ataques que eram agressivos, ameaçadores, que extrapolavam liberdade de expressão e iam para a criminalidade, esses ataques diminuíram excepcionalmente". (...). No relatório que o ministro Alexandre de Moraes tem, diminuíram 80 %. Até porque muitos desses ataques eram feitos via robôs, seja algo artificial, algo industriado. Algo para criar a instabilidade.

Enquanto o MP e o STF “faziam as pazes” após meses de um verdadeiro embate, o ex Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no dia 27 de setembro de 2019, em entrevista aos jornais "O Estado de S. Paulo" e "Folha de São Paulo" e à revista "Veja", declarou que em 2017, enquanto estava à frente da PGR, entrou na Corte armado, com a intenção de matar o ministro Gilmar Mendes e logo após se suicidar. A revelação está em seu livro de memórias, que traz o relato sem mencionar o nome do ministro.

Em nota, Gilmar Mendes respondeu lamentando que "por um bom tempo, uma parte do devido processo legal no país ficou refém de quem confessa ter impulsos homicidas". No mesmo dia, o ministro solicitou a retirada do porte de arma de Janot. Alexandre de Moraes determinou não apenas a retirada do porte de arma, mas uma ação de busca e apreensão em endereços do ex Procurador-Geral, proibindo também que o mesmo se aproximasse dos ministros ou tivesse acesso a sede e anexos do STF. A medida foi autorizada no Inquérito 4781. Segundo o relator, o art. 286 do Código Penal (CP), que trata de incitação ao crime, e dispositivos da Lei 7.170/1983, que trata dos crimes contra a segurança nacional, tipificam, em tese, os sérios indícios de delitos que teriam sido praticados por Janot.

O quadro revelado é gravíssimo, pois as entrevistas concedidas sugerem que aqueles que não concordem com decisões proferidas pelos ministros desta Corte devem resolver essas pendências usando de violência, armas de fogo e, até, com a prática de delitos contra a vida.

O ex PGR, ao ser entrevistado pelo Jota, disse estranhar a decisão do STF:

Não vejo vinculação entre o objetivo do inquérito e as medidas agora adotadas e não detenho mais prerrogativa de foro para ser investigado pelo Supremo”. (...) É um inquérito anômalo, para investigar fake news. A imputação é ofender a integridade corporal ou a saúde das autoridades mencionadas. O fato narrado no livro e nas entrevistas, ocorrido há cerca de dois anos e meio, não constitui crime, muito menos notícias fraudulentas.

A ANPR, por sua vez, emitiu nota condenando tanto as declarações de Rodrigo Janot quanto o mandado de busca e apreensão na casa do ex-PGR.

O STF não possui jurisdição sobre eventuais atos de Janot, não há contemporaneidade na suposta conduta e, o pior, a ordem foi emitida no âmbito de uma investigação inconstitucional. O inquérito nº 4781 afronta o Estado democrático de direito ao usurpar atribuição do Ministério Público, ao determinar apuração sem fato determinado, e ao violar a competência constitucional da Corte, o sistema acusatório e também o princípio do juiz natural.

No dia 14 de outubro de 2019, após o WhatsApp admitir o envio maciço ilegal de mensagens nas eleições de 2018 e o site UOL revelar que uma rede pró Bolsonaro utilizava o uso de robôs e disparo em massa de notícias fraudulentas, Alexandre de Moraes ordenou que a Polícia Federal investigasse a relação entre a rede de mensagens favoráveis ao presidente e os ataques sofridos pelos ministros da corte na internet nos últimos tempos, tendo como finalidade saber se a mesma estrutura é utilizada para disseminar os ataques e ameaças aos ministros.

Em despacho, ainda em março, dias após a instauração do inquérito, o relator declarou que uma das linhas de investigação era "a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito". Em entrevista naquele dia, o ministro confirmou a suspeita. "Essa rede alguém paga, alguém financia por algum motivo". Ele afirmou que o caso seria "investigado a fundo". "Há fortes suspeitas de que os grupos de financiamento maiores são de São Paulo."

Face a isto, no tópico a seguir será defendida a inconstitucionalidade e ilegalidade do inquérito 4781 nos seguintes moldes: O STF não possui competência para o caso; a instauração do inquérito pelo órgão do Poder Judiciário viola o princípio do sistema acusatório; a indicação do ministro relator fere o princípio da livre distribuição; o objeto do inquérito, bem como os investigados são indefinidos.

3.1 O Supremo Tribunal Federal não possui competência para o caso

Conforme anteriormente aludido, o presidente e ministro do STF anunciou, através da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, a abertura de investigação criminal para apurar ameaças ao STF, aos ministros da Corte e aos seus familiares. A instauração do inquérito tem como base o art. 43 do RISTF.

O referido artigo traz em seu bojo a possibilidade de instauração de inquérito pelo STF, quando houver infração penal na sede ou dependência do Tribunal. *In verbis*:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Por se tratar de norma pré-constitucional, há um debate acerca da recepção do art. 43 do RISTF pela CRFB/88. A recepção é um dos

fenômenos do direito intertemporal, onde a norma pré-constitucional pode ser recebida pela nova Constituição, se compatível materialmente com a mesma. Do contrário, a incompatibilidade material da norma para com o texto constitucional vigente gera a sua não recepção e consequente revogação.

Para Lênio Luiz Streck (2019), a base que fundamenta a instauração do inquérito 4781 é materialmente incompatível com a Constituição, tendo em vista que a CRFB/88 traz consigo o sistema acusatório, onde há uma clara distinção entre as figuras da vítima, investigador e julgador. O art. 43 do RISTF, por sua vez, não traz a separação de funções, fazendo lembrar o sistema inquisitório, não consagrado pela Carta Magna, dessa forma não podendo ser recepcionado por ela.

Em que pese não haver nenhuma decisão em sede de ADPF acerca do referido art., algumas decisões da Corte demonstram que o entendimento via de regra é pela retirada de toda e qualquer norma que venha atribuir poder investigatório aos juízes, tendo em vista que compromete a imparcialidade, qualidade exigida a todo magistrado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1570, julgada parcialmente procedente pelo plenário do STF em 2004, é um exemplo. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da lei 9.034/95 que dava ao juiz poder de diligenciar. O ministro Maurício Corrêa observou que o artigo criava um procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permitia ao juiz colher pessoalmente as provas que poderiam servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão.

Nesse sentido, o art. 43 do RISTF é um exemplo de poder de investigação dado ao juiz, ou seja, poder inquisitorial, abominado pela CRFB/88. Se a Constituição aduz que a titularidade da ação penal é do MP, como pode o STF ter poder, ainda que de forma excepcional, de instaurar um inquérito? Se a Constituição adota o sistema acusatório, como pode o STF ser vítima, investigador e julgador, tudo ao mesmo tempo? Ora, esquecemos a supremacia constitucional? A CRFB/88 é pressuposto de

validade das demais leis, ou seja, as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição e não o contrário. A Carta Magna não pode ser interpretada conforme o RISTF.

O antídoto, de acordo com Lênio Luiz Streck (2019) é a ortodoxia. Não devemos nos desviar do que diz a Constituição. Onde estiver escrito X, que leiamos X, e nesse sentido que interpretemos X.

Em uma análise paramétrica, o art. 43 do RISTF não foi recepcionado. Entretanto, mesmo numa análise ordinário-substancial, o fundamento não é válido, pois no caso em apreço, a infração não foi na sede, tampouco em dependência do Tribunal, e nesse sentido, o §1º do art. 43 traz expressamente como o STF deve proceder: “Requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente”. Vejamos:

Art. 43 (...) § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

A autoridade competente para instaurar inquérito é o MP, conforme prevê o art. 129, I, da CRFB/88.

O ministro Alexandre de Moraes, relator do atual inquérito, na ADI 4693, em 2018, já havia decidido conforme o disposto no artigo 129, I, da CRFB/88, confirmando o sistema acusatório, afirmando que a titularidade da Ação Penal é privativa do MP. Vejamos:

Ementa:

CONSTITUCIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL ACUSATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO E PRIVATIVIDADE DA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (CF, ART. 129, I). INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO REGIMENTAL QUE POSSIBILITA ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADO SEM VISTA DOS AUTOS AO PARQUET. MEDIDA

CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA. 1. O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a “atividade de supervisão judicial” (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e

qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013). 2. Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão. 3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

O princípio do sistema acusatório é um dos alicerces de uma sólida democracia e a garantia do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da CRFB/88 como direitos fundamentais. O STF ao instaurar um inquérito onde ele mesmo é vítima, investigador e julgador, fere de forma incisiva o referido princípio, o que é preocupante, tendo em vista a função de guardião da Constituição que a Corte possui.

3.2 A indicação do ministro relator ofende a regra da livre distribuição

Ao anunciar a abertura do inquérito, Dias Toffoli nomeou o ministro Alexandre de Moraes como relator, não fazendo o sorteio de praxe. A regra da livre distribuição tem como finalidade garantir às partes um juízo dotado de imparcialidade, sendo essencial para o devido processo legal.

O RISTF, em seu art. 66, explica qual procedimento deve ser feito para a escolha do juiz. Vejamos:

Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 38, de 11 de fevereiro de 2010).

No mesmo sentido aduz o art. 75 do CPP, reafirmando a importância do princípio.

In verbis:

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

O ordenamento jurídico vigente não prevê a hipótese de o mesmo juiz que acredita que um fato é criminoso designe o responsável pelas investigações do caso, pois fere o princípio da imparcialidade do juiz. Para que o direito fundamental do devido processo legal seja efetivado, o magistrado deve permanecer isento. Também há afronta ao princípio do juiz natural, que se estabelece pela livre distribuição, conforme dispõe o artigo 5º, LIII.

3.3 O objeto do inquérito, bem como os investigados são indefinidos

O inquérito tramita em sigilo absoluto, ficando indisponível qualquer informação sobre crimes e investigados, inclusive para o MP, além de não delimitar um objeto específico ou grupo a ser investigado, apenas as possíveis infrações.

Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta CORTE, considerando a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão.

O CPP, em seu art. 5º, §1º dispõe que o inquérito deve conter, sempre que possível, a narração do fato, com todas as circunstâncias, bem como a individualização do investigado. Vejamos:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

No mesmo sentido aduz o art. 4º da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que regulamenta as investigações ministeriais:

Art. 4º O procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.

Tratando-se de infração à lei penal, a CRFB/88, em seu art. 102, I, b, atribui ao STF competência para processar e julgar ações criminais contra autoridades com prerrogativa de foro. Vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Em que pese o texto constitucional prever que a Corte só pode processar e julgar originariamente aqueles que detêm prerrogativa de foro, o inquérito 4781 é responsável por fazer busca e apreensão na casa daqueles que não possuem foro privilegiado.

O ministro Alexandre de Moraes autorizou busca e apreensão em endereços de sete pessoas que, segundo a Corte, utilizaram redes sociais para atacar o STF e seus ministros. Na decisão, Moraes especifica o endereço de cada investigado, mas diz que a busca pode se estender a outros que forem descobertos durante as diligências. Nenhuma das pessoas possuem prerrogativa de foro. Segundo a ANPR, os mandados de busca e apreensão representam claro abuso de poder.

Após Rodrigo Janot declarar em entrevistas que em 2017 entrou armado no STF para matar o ministro Gilmar Mendes, o relator Alexandre de Moraes determinou a suspensão do porte de arma do ex-PGR, bem como o cumprimento de busca e apreensão em suas residências. Moraes também proibiu Janot de se aproximar a menos de 200 metros de qualquer um dos ministros do tribunal. Estando ele também impedido de entrar no STF. Segundo o ministro, as medidas cautelares foram tomadas “para evitar a prática de novas infrações penais e preservar a integridade física e psicológica dos ministros, advogados, serventuários da justiça e do público em geral que diariamente frequentam a Corte”. Janot foi perguntado se queria prestar algum esclarecimento. Ele seria levado para a sede da PF para tanto, mas como não quis, deve ser marcada uma data posterior para a oitiva.

O que os casos supracitados possuem em comum? Nenhum deles é de competência do STF. O inquérito, ao não especificar os investigados e não delimitar o objeto, traz uma amplitude quase que ilimitada, onde qualquer pessoa está sob iminência de ser investigada sobre qualquer fato que, segundo opinião subjetiva dos ministros, “atingem a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e de seus familiares”. Com isso, o que o STF faz é instaurar uma espécie de “Estado Policial”, um verdadeiro tribunal de exceção, vedado pela CRFB/88, no seu art. 5º, XXXVII.

Ainda, em sede do inquérito 4781, Moraes ordenou que fosse retirado do ar matérias que vinculavam o presidente do STF, Dias Toffoli, à Odebrecht, estipulando às revistas multa diária de R\$ 100 mil. A decisão ordenou que a Polícia Federal intimasse os responsáveis pela publicação da reportagem para que prestassem depoimentos no prazo de 72 horas. Dias após, o STF voltou atrás, revogando a decisão.

O art. 5º, IX, da CRFB/88 traz o direito fundamental à liberdade de expressão. Censurar matéria de jornal faz lembrar tempos obscuros, sendo no mínimo preocupante.

Conclusões

Após análise atenta, no primeiro capítulo, de todos os sistemas processuais penais, conclui-se que a CRFB/88 adota o sistema acusatório, onde há evidente separação das funções de acusador, investigador e julgador, justamente para que princípios e direitos fundamentais sejam efetivados, tais quais o devido processo legal, a ampla defesa, o juiz natural e a imparcialidade do juiz.

No segundo capítulo, por sua vez, fora analisada a função da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Juiz no processo penal brasileiro, como forma de confirmar o modelo acusatório.

O último capítulo se prestou a analisar o caso objeto de estudo, o inquérito 4781, instaurado de ofício pelo STF.

Conforme visualizado, apenas a Polícia Judiciária possui atribuição para instaurar investigação preliminar, podendo ser dispensada pelo MP, caso haja fundamentos e provas suficientes para iniciar o Processo Penal, tendo em vista o art. 129, I, da CRFB/88, que atribui a titularidade privativa da Ação Penal Pública ao *Parquet*.

Nesse sentido, o STF não possui competência para instaurar inquérito, pois, conforme vimos, o magistrado possui unicamente a função jurisdicional.

Ainda, o inquérito tem como fundamento o art. 43 do RISTF, que não foi recepcionado pela CRFB/88, tendo em vista que atribui poder investigatório aos juízes, sendo incompatível materialmente com a Carta Magna, pois, conforme elucidado anteriormente, adotamos o sistema acusatório.

Em que pese tratar-se de art. não recepcionado, ainda que fosse compatível materialmente com a CRFB/88 – o que não é – não daria cabimento a Corte para fazer investigação, pois traz tal atribuição na hipótese de infração à lei penal na sede ou dependências do tribunal, o que, no caso em apreço, não ocorreu.

Ao instaurar o inquérito, o presidente do STF nomeou o relator, indo contra o próprio regimento interno, que em seu art. 66 traz que a distribuição deverá ser feita mediante sorteio, conforme também aduz o art. 75 do CPP.

Apesar da PGR, por meio da à época Procuradora-Geral, Raquel Dodge, ter, por diversas vezes, comunicado a série de inconstitucionalidades e ilegalidades do inquérito ao STF, o mesmo não só ignorou, como prorrogou por 2 vezes a investigação.

Ainda, o objeto do inquérito, bem como os seus investigados são indefinidos, trazendo a possibilidade de qualquer pessoa estar sob iminência de ser investigada pela Corte. Conclui-se que o órgão responsável por preservar a CRFB/88, no caso em apreço,

está criando um verdadeiro tribunal de exceção, vedado pelo art. 5º, XXXVII, nos fazendo lembrar do sentido sociológico, criado por Ferdinand Lassalle, onde a Constituição escrita não era mais que mera folha de papel.

A solução nada mais é que o respeito ao que aduz a CRFB/88, responsável por uma série de direitos e garantias fundamentais, que neste caso, estão sendo ignorados pela Corte. O STF, querendo ou não, tem como responsabilidade proteger e guardar a CRFB/88, para que não venha a criar, como dissera Rui Barbosa, uma ditadura do Poder Judiciário.

Referências

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> Acesso em: 31/10/2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 174. TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 108, 110-111. 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Pág. 32.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4693**.

Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 11 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4173868> Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570**.

Relator: Ministro Maurício Corrêa. 12 fev. 2004. Disponível em: <http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62176>
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1662827> Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808> Acesso em: 15/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 170.285 ANPR**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5677121> Acesso em: 07/11/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República**.

ADPF 572. 03 mai. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340066163&ext=.pdf> Acesso em: 15/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ministro Alexandre de Moraes apresenta**

informações em ação sobre trâmite de inquérito no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409491>
Acesso em: 15/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ministro Alexandre de Moraes determina busca e apreensão em endereços do ex-procurador-geral Rodrigo Janot**. 27 set. 2019.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424894> Acesso em: 17/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInter>
no Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL. **Procuradoria Geral da República**. 16 abr. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf> Acesso em: 05/10/2019

CONJUR. **OAB e juízes apoiam abertura de inquérito sobre ameaças a ministros do STF**. 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/oab-juizes- apoiam-abertura-inquerito-ameacas-stf> Acesso em: 15/10/2019.

CONJUR. Streck, Lênio Luiz. **O caso do STF e as fake news: por que temos de ser ortodoxos!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-18/senso-incomum-stf-fake- news-temos-ortodoxos> Acesso em: 03/11/2019.

EL PAÍS. **STF reage a Janot usando controverso inquérito que investiga 'fake news'**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/27/politica/1569619629_531143.html Acesso em: 15/10/2019.

FOLHA. **Procuradores falam em 'abuso de poder' e pedem suspensão de inquérito no STF**. 16 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/procuradores-falam-em-abuso-de-poder-e- pedem-suspensao-de-inquerito-no-stf.shtml> Acesso em: 15/10/2019.

GLOBO. **Janot diz que foi armado ao STF com intenção de matar Gilmar Mendes. Ministro sugere ajuda psiquiátrica a ex-PGR**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/27/janot-diz-que-foi-armado-ao-stf-com- intencao-de-matar-gilmar-mendes-ministro-sugere-ajuda-psiQUIATRICA-a-ex-pgr.ghtml> Acesso em: 15/10/2019.

INFO, Jota. **“É um inquérito anômalo”, reage Janot depois de busca e apreensão na sua casa**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/policia-federal-faz-busca-e- apreensao-em-domicilio-e-escritorio-de-rodriGO-janot-27092019> Acesso em: 16/10/2019.

MIGALHAS. **HC coletivo busca salvo conduto para procuradores em inquérito**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI300505,91041-HC+coletivo+busca+salvoconduto+para+procuradores+em+inquerito> Acesso em: 07/11/2019.

O GLOBO. **PGR defende nulidade de inquérito de Toffoli e compara investigação a 'tribunal de exceção'** 03 ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com>

com/brasil/pgr- defende-nulidade-de-inquerito-de-toffoli-compara-investigacao-tribunal-de-excecao- 23852936 Acesso em: 16/10/2019

SÃO PAULO, Folha de. **Ministro do STF censura sites e manda tirar do ar reportagem sobre Toffoli.** 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/ministro-do-stf-censura-sites-e-manda-tirar-do-ar-reportagem-sobre-toffoli.shtml> Acesso em: 05/10/2019.

SÃO PAULO, Folha de. **Odebrecht diz que “amigo do amigo de meu pai” citado em email era Toffoli.** 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/odebrecht-diz-que-amigo-do-amigo-de-meu-pai-citado-em-email-era-toffoli.shtml?loggedpaywall> Acesso em: 05/10/2019.

UOL. **STF apura ligação entre rede de fake News pró-Bolsonaro e ataques a Corte.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/14/stf-apura-ligacao-entre-rede-de-fake-news-pro-bolsonaro-e-ataques-a-corte.htm> Acesso em: 03/11/2019.

Função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal frente à inércia do estado na elaboração de normas legais contra homotransfobia

Dayane Francisca de Melo Silva

Introdução

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário ganhou no cenário europeu posição de destaque ao dar a palavra final sobre temas que foram sendo incorporados a sua competência em decorrência de uma série de mudanças históricas que propiciaram o seu destacamento. A princípio, podemos falar no período pós-guerra, em que a aplicação da norma pura e simples, já não mais era satisfatória e demonstra uma série de problemáticas que levaram a sociedade a presenciar o holocausto.

Surge então, um Poder Judiciário com atuação mais expansiva, sobretudo as Cortes Constitucionais europeias e americana, decidindo sobre temas que antes não eram considerados de sua competência como, por exemplo, questões econômicas, políticas e morais, com o fito de preservar direitos, essencialmente, dos mais vulneráveis.

No Brasil, o STF se torna mais atuante logo após a ditadura militar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que lhe reforçou dentre outros poderes e competências, a função contramajoritária na qual estabelece o dever de garantir com que os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito sejam cumpridos, assegurando o funcionamento do próprio sistema. Contudo, sua posição

de destaque, possibilitou discussões sobre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial levantando críticas sobre qual seria o real limite de atuação da Suprema Corte.

Neste sentido, em 2019, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) reconhecendo a criminalização da homotransfobia no Brasil, enquadrando-a na Lei 7.716/86, conhecida como lei de racismo, suscitando o debate se esta atuação significaria a expansão de suas funções atuando com ativismo judicial.

Sendo assim, o estudo deste trabalho visa compreender a atuação do STF analisando sua função contramajoritária para proteger direitos dos que estão em situação de vulnerabilidade em face de uma maioria considerada opressora, assim como as justificativas que levaram a Suprema Corte a deferir parcialmente os pedidos realizados na ação.

1. Judicialização e o controle de constitucionalidade no Brasil

Nos últimos anos, houve considerável crescimento da judicialização de decisões com cunho moral, econômico e social que fornece ao STF o poder de dar a decisão final nessas matérias. No Brasil, uma das causas que pode ser atribuída a essa expansão é o sistema híbrido de controle de constitucionalidade permitindo com que questões políticas e morais sejam postas diretamente a Suprema Corte.

A característica de maior atuação do Poder Judiciário pode ser atribuída também a formação do Estado Constitucional de Direito desenvolvido pós-Segunda Guerra, que torna as normas diretamente subordinadas a uma constituição rígida que impõe limites aos demais poderes e ao próprio Estado.

Esta constituição, como bem ressalta Luis Roberto Barroso, “não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes

determina, também, deveres de atuação.”¹ Assim, entende-se que ordens constitucionais são um instrumento para oferecer proteção a direitos fundamentais diante de ameaças. Entende-se, de igual forma, que determinadas normas não apenas outorgam direitos, mas determinam a criminalização de certas condutas. Esta concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar direitos fundamentais, mas também de garanti-los. Estes direitos não podem ser vistos apenas como proibição de intervenção, mas também como deveres de proteção.

Considerar o STF enquanto protetor das minorias em um Estado Democrático de Direito levanta o debate sobre sua função de preservar estas contra o excesso majoritário, seja pelas suas ações, seja pelas omissões lesivas de direitos garantidos constitucionalmente. Não raro se faz o debate sobre a total parcialidade do Congresso em garantir que a vontade majoritária seja cumprida, ainda que uma parcela da população esteja a margem destas decisões tendo seus direitos feridos. O fato do STF ter sua total independência e estar vinculado às normas, o torna guardião da constituição, levando-o a tomar decisões contramajoritárias, em prol de grupos minoritários, como ocorreu com a criminalização da homotransfobia.

Estas composições de argumentos levantados tornaram, por assim dizer, legítima a atuação da Suprema Corte na tipificação de condutas homofóbicas, no que pese sua função de proteção das minorias.

1.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão na tipificação da homotransfobia

Sob argumentos de haver inércia constitucional, o Partido Popular Social apresenta perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), solicitando a criminalização da homotransfobia, enquadrando-a na Lei 7.716/86, tomando por base argumentos dos quais

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018. P 149.

destaca-se: o dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, mandados de criminalização de condutas discriminatórias pela própria Constituição Federal Brasileira (art. 5º, XLI) e a mora do Congresso Nacional em elaborar normas criminalizando agressões físicas e verbais contra o grupo LGBTQI+. Levou-se em consideração também precedentes do próprio STF como o “Caso Ellwanger” (HC 82.424/RS) que concebeu a amplitude do racismo, já que para muitos especialistas, racismo não se restringe apenas a questões fenotípicas, mas amplia-se a quaisquer tipos de preconceitos.

Dentre os pedidos formulados pelo autor da ação, estão:

- Declarar existência de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo cientificando-o para que adote providências necessárias para concretização das normas transgredidas. (art. 5º, XLI e XLII);
- Em caráter subsidiário, postula-se a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente;
- Em caso de não entendimento compatível, que o STF inove a ordem positiva superando o princípio “nullum crime, nulla poena sine proevia lege”;
- Pleiteia-se o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados em função de sua omissão.

O direito à legislação só poderá ser invocado quando simultaneamente imposto pela Constituição Federal o dever do Estado de criar normas e verificada a inércia congressual, tornando possível imputar a morosidade do Congresso e reconhecer admissível o instrumento de controle. Ressalta-se que não se trata de qualquer inanição congressual. Sobre o tema, destaca Alexandre de Moraes;

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos.

O dever de atuação positiva do Congresso Nacional, no tema em questão, mostra-se no artigo 5º, XLI, da Carta Magna.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - **a lei punirá qualquer discriminação** atentatória dos direitos liberdades fundamentais; (grifo nosso).

Observado este dever, resta ainda analisar se há omissão injustificada por tempo razoável do Congresso para que seja legitimada a atuação da Suprema Corte. É possível observar a morosidade legislativa passados mais de 30 anos de promulgação da CF/ 88, sem que nenhuma medida efetiva até então fosse tomada. Projetos de leis para criminalizar práticas homofóbicas como o Projeto Lei nº 5.003/06 foram apresentados ao Senado, contudo, sem nenhum sucesso. Passados mais de 17 anos, não teve sua apreciação concluída nem foi apresentado prazo para ser votado, demonstrando atuação insatisfatória do Congresso. Como bem relembra Gilmar Mendes, esta omissão poderá ser total ou parcial sendo esta última caracteriza pelo seu cumprimento imperfeito ou insatisfatório. Neste caso, a omissão parcial traz prejuízos irreparáveis a todo grupo LGBTQI+.

Com isso concluiu o Ministro Celso de Mello, relator da ação, sobre a total legitimidade da atuação do STF

A constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de mora inconstitucional, apta a instaurar situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (CF, art. 5º, XLI e XLII), justifica, plenamente, a intervenção do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal. (ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Todavia, inicialmente, a Suprema Corte concluiu que, em sede de controle de inconstitucionalidade por omissão o STF fica impossibilitado de formular pedido de índole condenatória fundado em responsabilidade

civil do Estado. Há impossibilidade jurídico- constitucional também em tipificar expressamente delitos e cominar sanções penais dada sua ilegitimidade para tanto. Apesar disso, foi reconhecida a morosidade do Estado diante do mandado de criminalização estabelecido pela Carta Magna.

2. Ativismo judicial

A posição de destaque do Poder Judiciário possibilitou discussões acerca dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Este último advém dos Estados Unidos, e foi utilizado em meados dos anos 1954 e 1969, como forma de qualificar atividade considerada excessiva e expansiva da Suprema Corte americana e por isto, muitas vezes, é expressão dotada de negatividade e críticas. No Brasil, a importância do Judiciário ascende logo após término da ditadura militar e promulgação da CF/88, que concedeu ao STF, notadamente, o dever de proteger normas nela contida e garantir a preservação dos direitos daqueles que são excluídos socialmente, quando então, ações mais expansivas puderam ser notadas.

Importa salientar que o fenômeno do ativismo judicial é de difícil conceituação e ainda não se tem seus parâmetros estabelecidos ou consenso na doutrina. Entretanto, autores traçaram alguns dos sentidos e conceitos que o termo ganhou ao longo dos anos.

Luis Roberto Barroso assim retrata

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 172

Carlos de Alexandre de Azevedo Campos traz um segundo sentido

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem *competências legiferantes* reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade *quase legislativa*.³

Nota-se que este último conceito nos remete a ideia de que o Poder Judicial, ao decidir de forma ativista, ultrapassa sua função constitucionalmente estabelecida, usurpando os demais poderes. Ora, em um primeiro momento temos a teoria da tripartição dos poderes: Poder Executivo, Poder legislativo e o Poder Judiciário, abordada por Montesquieu que ao contrário do que se pensa, não defende uma separação extremamente rígida entre eles, mas sim um conjunto de elementos que permitisse seu dinamismo. No caso dos Poderes Executivo e Legislativo, por exemplo, há o sistema intraorgânico e o interorgânico que permite a neutralização recíproca entre ambos.

O Poder Judiciário, doutro lado, aparece de forma mais neutra com funções mais técnicas. Esta situação, entretanto, se modifica com o caso *Marbury x Madison* na América e no Brasil, mais especificamente, com a adoção do controle de constitucionalidade, que permite com que o STF atue com maior dinâmica com os demais poderes. Contudo, com advento do ativismo judicial, casos em que a Suprema Corte atua “criando direitos”, preenchendo lacunas e omissões legislativas, em nome da defesa da constituição e dos direitos fundamentais, ou seja, legislando, são na maioria das vezes, taxados como atitudes ativistas no sentido de abuso de poder, por tocar em funções que a princípio não são de sua competência.

Todavia, o fenômeno do ativismo judicial não se restringe a uma condição de apropriação dos demais poderes na tentativa de criar uma juristocracia ou de concentrar o máximo de prerrogativas para si. Trata-

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 166.

se de uma ideia bem mais complexa que muitas vezes, em função do papel e da importância que tomou o Poder Judiciário, é uma atitude que se requer do STF. Sobre o tema observa Glauco Salomão Leite: “(...) o ativismo judicial não é, em todas as hipóteses, sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Entende-se que em ordem constitucional concreta pode não só estimular, como exigir posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias.”⁴

Dada a complexidade e a dificuldade de se encontrar consenso sobre o conceito do ativismo judicial, existe ainda sua difícil identificação na prática. Barroso defende que isto ocorre em decorrência do processo de interpretação constitucional. Isto porque, qualificar uma decisão como ativista ou não, está, basicamente, nas controvérsias que se faz em relação à qual seria a correta leitura do dispositivo constitucional. É possível, ainda assim, notar certas atitudes que podem ser consideradas como ativistas e desta forma afirma

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵

Analisado estes básicos elementos que gravitam em torno do conceito e sentido do ativismo judicial, necessário se faz discorrer sobre os fundamentos tomados pelo STF para criminalizar ações homofóbicas no Brasil.

⁴ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. - Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2017. Págs. 65 e 66

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. - 7. ed. - São Paulo : Saraiva, 2018. p. 172

O Ministro relator da ADO 26, Celso de Mello, apresenta duas possibilidades de atuação da Suprema Corte, constatada a morosidade do congresso:

A. Cientificação do Congresso Nacional.

Caso o Congresso deixe de adotar medidas cabíveis no prazo estipulado, legitimar-se-á o STF a formular solução enquanto não sobrevier lei regulamentadora, conforme próprio entendimento jurisprudencial como ocorreu por exemplo, no caso de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII);

B. Enquadramento imediato das práticas homofóbicas mediante interpretação conforme conceito de racismo prevista na Lei 7.716/89.

O conceito de racismo é amplo e não se resume a um conceito de ordem antropológica ou biológica. A concepção de racismo pode variar conforme o local e o contexto histórico. Especialistas e Estatutos Internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, tais quais: Declaração Universal de Todas as Formas de Discriminação Racial, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Declaração de Durban e Programa de Ação, entre outros, consideram o racismo como toda forma de intolerância e discriminação assim como a própria homotransfobia é espécie do gênero racismo, concepção social também adotada pelo STF.

Assim Paulo Roberto Iotti Vecchiatti conceitua o racismo

(...) o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão.⁶

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Racismo Homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado*. Disponível na internet: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019>. Acesso em 08 de abril de 2020

As práticas racistas são expressamente consideradas condutas criminosas e sujeitas a penas de reclusão pela Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O que se interpreta da leitura do inciso é que se é estabelecido um comando de criminalizar condutas tidas como racistas, fazendo-se valer a vontade manifesta do constituinte. A interpretação constitucional é uma das modalidades de interpretação que possui algumas especificidades dentre as quais, destaca-se a sua linguagem mais aberta e genérica que fazem com que sua interpretação “extrapole” os limites da argumentação puramente jurídica. Leva em consideração, assim, valores éticos, separação de poderes, moralidades e diversos outros fatores.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) e pelos fundamentos acima expostos, o STF, criminaliza a homotranfobia no Brasil, com base em interpretações atualizada da norma, enquanto guardião da Constituição Federal, fazendo valer direitos fundamentais.

Desta forma, o Ministro Celso de Mello entende que o STF não estaria atuando em uma esfera da qual não é de sua competência. O amplo conceito de racismo admite a homofobia e a transfobia e neste sentido, a Suprema Corte não inova ou legisla ao enquadrá-la na lei de racismo já que se trata de processo de interpretação e não de produção normativa. Logo, usa-se o método da interpretação na técnica de decisão de controle de constitucionalidade. Este foi, pois, o entendimento do STF, inclusive em outros casos já por este julgado.

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito

inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. (AI 161.396-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

Embora demonstrado que houve o uso da hermenêutica e não de criação de norma, a ideia do ativismo judicial não será de imediato afastado do estudo, dado que o ativismo judicial não se limita a dicotomia dos casos em que se cria e dos que se interpreta a norma. Uma situação não exclui a outra. A decisão em análise pode ser tida como ativista a partir do momento em que o STF age expandindo o sentido da norma constitucional em uma situação de retração do Poder Legislativo.

Logo, analisar a criminalização da homotransfobia pela Suprema Corte, perfaz a ideia de examinar se sua atuação se mostrou mais positiva, criando normas ou se houve maior autocontenção com interpretações mais literais e restritas as normas constitucionais. É uma observação que se faz de quão ampliada foi sua atuação, independente da valoração que tem do conteúdo da decisão.

3. Função contramajoritária e o julgamento da homotransfobia no Brasil.

Ao reconhecer a omissão do Congresso Nacional, a vulnerabilidade dos homossexuais e os seus direitos constitucionalmente garantidos, atuando contra a vontade daqueles que foram eleitos democraticamente, o STF atua exercendo sua função contramajoritária estabelecida pelo próprio legislador, fazendo valer a supremacia da constituição. Válido se faz ressaltar o papel do princípio majoritário na fundamentação do Estado Democrático de Direito. Contudo, não poderá ser utilizado para legitimar exclusão ou suprir direitos fundamentais dos mais vulneráveis.

O papel contramajoritário é desempenhado em oposição a eventuais excessos das maiorias contra a minoria, assim como omissões que lesionam o grupo minoritário. Nestes casos, o Poder Judiciário deverá atuar garantindo o Estado Democrático de Direito. Segundo entendimento

do relator da referida ação, o Poder Legislativo estaria influenciado por valores e sentimentos de grupos majoritários que diariamente excluem e marginalizam o grupo LGBTQI+.

Com efeito, ao analisar conceitos do que vem a ser gênero, sexo e sexualidade, observa-se que estes compõem e estão diretamente ligados a identidade de cada pessoa. A conduta heterossexista que delimita com precisão qual o real papel do homem e da mulher na sociedade, acaba por excluir quem não se enquadra nestas limitações. Tomando por base que a comunidade LGBTQI+ compõe um dos grupos considerados minoritários em relação a sua representatividade nacional e que estão sendo atingidos diretamente pela omissão legislativa que infringe a dignidade da pessoa humana, o STF adota a sua função contramajoritária para fazer valer o direito de igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantidos a todos, sem qualquer tipo de discriminação.

Desta forma, é legítima a atuação do STF em sua função contramajoritária como forma de garantir a materialidade do Estado Democrático de Direito diante de omissões ou ações insuficientes do grupo majoritário como forma de negar a inclusão e os direitos fundamentais dos grupos menores.

Conclusão

Perante o exposto, observa-se que a criminalização da homotranfobia se configura como um reflexo da jurisdição no Brasil, ou seja, vigora a supremacia da constituição e a primazia da Suprema Corte, fazendo valer os direitos das minorias. Para tanto, o controle de constitucionalidade e a função contramajoritária mostram-se como ferramentas para tal objetivo, garantido o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão apresentada perante o STF visou a incorporar atitudes homofóbicas na Lei 7.716/86, fazendo valer comandos e princípios constitucionais.

Contudo, críticos defendem que ao tipificar a homotransfobia como crime, o STF estaria atuando de forma ativista e infringindo a separação de poderes, assim como haveria um possível embate do papel contramajoritário com o sistema democrático. O que se pode concluir, a princípio, é que não se tem contradição entre a função desempenhada pela Suprema Corte e o princípio majoritário do sistema democrático, visto que o Estado Democrático de Direito é construído não apenas pelos preceitos absolutos da maioria, sob risco de se ter ditadura majoritária, mas também da observação e respeito direitos fundamentais das minorias. No que pese a questão do ativismo judicial na decisão, a pesar de se observar como de fato ativista, não se expressa aqui como o ativismo enquanto sinônimo de apropriação dos demais poderes, mas como uma decisão ativista para fazer valer princípios e direitos fundamentais pela constituição resguardados.

A constituição prevê a criminalização de qualquer conduta racista (art. 5º, XLII). Sendo assim, restou ao STF buscar definições de especialistas da área para conceituar o que de fato vem a ser o racismo. Constatou-se que a definição de racismo que se limita a questões fenotípicas está ultrapassada visto que a palavra remete a qualquer tipo de discriminação, preconceito ou exclusão de um determinado grupo, ou seja, houve o enquadramento de condutas homofóbicas em uma lei já existente, Lei 7.716/86. O STF agiu dentro dos limites estabelecidos pela constituição, utilizando de forma legítima a sua função contramajoritária garantida pelo próprio constituinte, fazendo valer mandamentos da Carta Magna.

Neste sentido, pode-se refletir sobre as decisões que gradativamente vem tomando o STF e quais as reais consequências que estas decisões podem levar em um sistema que se tem repartição tríplice de poderes e que busca mecanismos de freios e contrapesos que possa garantir a eficiência máxima do próprio sistema.

Referência

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5775-9

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*.- Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2017. Págs. 65 e 66

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Racismo Homotransfóbico e a população LGBTI como um gruporacializado*. Disponível na internet: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019>. Acesso em 08 de abril de 2020

Reflexões a respeito da participação política feminina brasileira na esfera de governança municipal

*Mariana Eva Souza Dias*¹

*Marina Falcão Lisboa Brito*²

Introdução

A ONU MULHERES GLOBAL lançou o relatório *O Progresso das Mulheres no Mundo (2015-2016): Transformar as economias, realizar direitos* no qual apontou que o pleno aproveitamento das aptidões e capacidades da população feminina é condição indissociável para o progresso das sociedades e das economias. Ao registrar o empoderamento das mulheres e meninas como um dos objetivos mais esperados pela sociedade, indicou a necessidade de superação da lacuna entre retórica e realidade existente nessa caminhada.

A construção de uma realidade pautada na concretização dos direitos das mulheres passa pelo compromisso com diversas transformações no seio jurídico e social. Dentre elas, é possível destacar a necessária correção da, todavia persistente, sub-representação feminina nos espaços de poder atuais.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda vinculada à Linha de Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Contato: mariana_evaz4@hotmail.com

² Advogada. Mestranda (Bolsista CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP). Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. Contato: marinalisboafb@gmail.com

Clara Araújo em *As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas*³ rememora os antecedentes históricos dessa ausência de sujeitos femininos no espaço público ao registrar que o paradigma moderno de organização social fora erigido na dualidade entre esfera pública – masculina, de governança e tomada de decisões –, e privada – feminina, doméstica, familiar. De acordo com a autora:

O traço de exclusão que constitui a moderna esfera pública, legitimada por filósofos e pensadores ocidentais, foi agravado por processos históricos, políticos e sociais particulares de determinados países, e que se fazem sentir até os dias atuais.⁴

Os processos de confinamento da mulher aos limites da esfera na vida privada resultaram em uma naturalização da falsa ideia de que a mulher enquanto sujeito não possuiria qualquer tipo de interesse – nem seria relevante a sua participação – na tratativa dos assuntos públicos e, muito menos, políticos.

Assim, é importante salientar a notoriedade que o engajamento feminino pautou na redação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável acordados pelos Estados-membros das Nações Unidas⁵, onde diz: “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas” ficou enquanto quinta meta da Agenda 2030, e para cumpri-la reconheceu-se a necessidade de “Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”⁶.

³ ARAÚJO, Clara. *As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas*. **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010**. Organização: Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitanguí – Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 90. Disponível em http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em 13 out 2019.

⁴ ARAÚJO, Clara. *As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas*. **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010**. Organização: Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitanguí – Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 93. Disponível em http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em 13 out 2019.

⁵ Objetivos de Desenvolvimento Sustentável acordados pelos Estados-membros das Nações Unidas

⁶ Item 5,5 consignado no Glossário lançado pela Força Tarefa do Sistema ONU Brasil sobre a Agenda 2030.

Desse modo, é possível perceber a necessidade de uma efetiva garantia da participação igualitária das mulheres nos processos decisórios, uma vez que:

Sem participação ativa das mulheres e a incorporação da perspectiva das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão, os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz não podem ser alcançados.⁷

Nesta oportunidade, ainda sobre o que fora discutido e revisitando os dados referentes à participação no campo político da mulher disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas e pelo Instituto Alziras, tecer-se-ão reflexões a respeito das consequências ainda sentidas desses mecanismos de exclusão e dominação sinalizados, como fora abordado.

Assim, o presente trabalho consiste em uma pesquisa exploratória, que propõe, a partir da análise de dados obtidos em investigações documental e bibliográfica, uma discussão a respeito da condição da mulher brasileira enquanto agente política, com enfoque na reflexão acerca daquelas que ocupam os cargos de chefes do Poder Executivo nos municípios da federação.

1. O desequilíbrio existente na participação política: homens x mulheres em números

Acerca do entendimento e posicionamento científico, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) publicou o relatório *Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil (Estudos e Pesquisas: informações demográfica e socioeconômica nº 38)*. Naquela ocasião, foi possível apurar que, em 20 de dezembro de 2017, as mulheres ocupavam tão somente 11,3% das cadeiras do Congresso

⁷ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas no Brasil (ONUBR); FILHO, Haroldo Machado (Org.). *Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*. 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Glossario-ODS-5.pdf>. Acesso em 31 jul 2019.

Nacional, e representavam apenas 16,0% do Senado Federal. Na Câmara dos Deputados, por sua vez, representavam 10,5% dos deputados federais.⁸ A esse respeito, convém pontuar que, segundo informações disponibilizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em sua página online, durante esse mesmo período de dezembro de 2017, o eleitorado nacional era composto por 52,43% de mulheres e 47,52% de homens.

Desse modo, investigando a inserção das mulheres na política a partir de um recorte abrangendo o Poder Executivo em esfera municipal, o Instituto Alziras foi capaz de construir o *Perfil das prefeitas no Brasil: mandato 2017-2020*, objetivando propulsionar e estimular o debate a respeito da representação feminina nas posições de governança em diversas áreas da sociedade.

No que compete as investigações travadas pelo Instituto Alziras, foi possível concluir que, mesmo as mulheres representando mais da metade da população e eleitorado nacionais, governam apenas 11,7% das prefeituras no Brasil, caindo para um número ainda mais surpreendente: tão somente 3%, nos casos de mulheres negras⁹.

Logo, ao total, são 649 prefeitas em contrapartida para os 4.919 prefeitos em exercício, ou seja, o que implica em apenas 1 mulher no comando de uma prefeitura no país para cada 7,5 homens. Ou seja, aquelas têm sob sua gestão tão somente 7% da população do país.

Nesse íterim, os dados levantados apontam para a replicação dos baixos índices de participação feminina identificados na esfera Legislativa federal pelo Tribunal Superior Eleitoral. Logo, queda comprovado que a sub-representação política desse grupo perpassa Poderes e estratos, sendo um problema sistêmico que demanda um enfrentamento mais do que pontual, mas sim holístico.

⁸ Esses números renderam ao Brasil o pior resultado dentre os países da América do Sul na apuração da participação política feminina. No cenário internacional, de acordo com o IBGE, em dezembro de 2017, o país ocupava a 152ª posição dentre os 190 países analisados.

⁹ A respeito dessa significativa queda quando considerado o aspecto racial na investigação, percebe-se a sinalização para o fato de que “A desigualdade racial no país prevalece também nos espaços de poder (...) o abismo racial se mantém em ambos os sexos”.

Ademais, os municípios governados por gestoras mulheres tendem a ser os menores e mais pobres, ou seja, possuem menor representação política, e, ainda, de acordo com o levantamento: 91% deles têm até 50 mil habitantes, e a média de PIB per capita é de R\$ 17,8 mil, contra R\$ 19,7 mil nos casos de municípios governados por prefeitos.

Por fim, foi possível averiguar que a distribuição regional, apontou que 16% dessas unidades da Federação que são governadas por mulheres estão no Nordeste (região que também detém o maior número absoluto de prefeitas: 288, diante de 1.505 prefeitos), 15% no Norte, 13% no Centro-Oeste, 9% no Sudeste e 7% no Sul.

Tanto para as Prefeitas como para os Prefeitos, o Sul e o Sudeste são as regiões com menor representação de pretos e pardos (GRÁFICO 1.9). No caso das mulheres, o percentual de Prefeitas pretas e pardas não ultrapassa o de brancas em nenhuma região, sendo que, nas regiões Norte e Nordeste, onde o percentual é maior, as Prefeitas pretas e pardas são 47% e 37% do total de cada região, respectivamente. Considerando-se os homens, nas regiões Norte e Nordeste, o percentual de Prefeitos pretos e pardos supera o percentual de Prefeitos brancos, com 60% e 51%, respectivamente, ante 39% e 48% de brancos.¹⁰

Dito isto, fica perceptível que o Espírito Santo foi o estado com pior índice de participação de mulheres na chefia do Poder Executivo local, apresentando apenas 5,1% de mulheres nos seus 78 municípios. Por sua vez, Roraima (estado com menor número de municípios) e Rio Grande do Norte apresentaram os mais elevados percentuais, com 26,7% e 26,3% de seus municípios chefiados por mulheres.

Fica claro que a alta escolaridade das prefeitas apareceu de modo uniforme em todas as regiões do país. Quando avaliado o nível de escolaridade de chefes do Poder Executivo municipal no Brasil, observou-se que, 71% das prefeitas tinham completado o ensino superior, com 42%

¹⁰ INSTITUTO Alziras. Perfil das prefeitas no Brasil: mandato 2017-2020. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <http://prefeitas.institutoalziras.org.br/>. Acesso em 08 out 2019.

também detentoras de título de pós-graduação. Por sua vez, somente 50% dos prefeitos homens haviam concluído a educação superior.

Ao concluir a análise comparada dos dados obtidos, o apurado indica que, mesmo possuindo um nível de escolaridade formal mais elevado do que os candidatos homens, as mulheres que participaram do pleito eleitoral em 2016 tiveram seus maiores índices de aprovação adstritos a municípios de pequeno porte e mais pobres.

Dentre as dificuldades identificadas pelo levantamento para a prevalência daquelas que foram eleitas, destacou-se: (i) a baixa participação feminina nos partidos e o fato desses investirem menos nas candidaturas das mulheres; (ii) o patrimônio pessoal inferior, resultando na maior dependência de arrecadações de campanha ; e (iii) a tradicional vinculação da mulher ao espaço doméstico e as profissões “femininas”, com menor prestígio financeiro, o que as afastaria, no imaginário coletivo, do perfil idealizado para gerir o Executivo municipal.

2. Causas e consequências da sub-representação feminina no cenário político

Em *Manual Jurídico Feminista*¹¹ a desigualdade de gênero é revelada pelas autoras como um dos aspectos estruturantes da sociedade contemporânea, uma vez que

Todos os conceitos que pautam o Estado, o Direito e a política atual são permeados por essa exclusão das mulheres das decisões de poder e de uma inferiorização que é naturalizada ao ponto de não percebermos que ela existe.¹²

Nesse diapasão, Pierre Bourdieu destaca a essencialidade do combate ao discurso androcêntrico dando especial destaque às instâncias públicas e políticas enquanto espaços para que essa batalha seja travada; uma vez

¹¹ PONTES, Ana Carolina Amaral de et al.; FERRAZ, Carolina Valença (Org.). *Manual Jurídico Feminista*. Belo Horizonte – MG: Letramento; Casa do Direito, 2019.

¹² PONTES, Ana Carolina Amaral de et al.; FERRAZ, Carolina Valença (Org.). *Manual Jurídico Feminista*. Belo Horizonte – MG: Letramento; Casa do Direito, 2019, p. 23.

que consistem nos “lugares de elaboração e imposição de princípios de dominação que se exercem dentro mesmo do universo mais privado”.¹³

Logo, tem-se, por conseguinte que, sendo a política aspecto constitutivo da organização social, a ausência de representação feminina nos espaços de poder e as restrições para sua participação política representam grave atraso na busca pela justiça de gênero ¹⁴.

Conforme anteriormente mencionado, por séculos, a construção social da figura feminina limitou a mulher aos espaços privados, mantendo-a adstrita ao cenário doméstico. A perpetuação dessa visão no decorrer do tempo, resultou em uma concepção nos sistemas democráticos que, apesar de pretender-se universalista, adotou o sujeito masculino como parâmetro e limitou a participação política feminina.

Alexandre Piffero Spohr *et al* escrevem em *Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada* (2016), que a superação dos obstáculos impostos ao acesso das mulheres à vida política é relatada pela história em três grandes etapas: (i) a reivindicação do sufrágio feminino; (ii) a luta por equiparação de condições entre candidatos homens e mulheres a partir da discussão da instituição de cotas parlamentares; e (iii) busca por igualdade de representação com discussões concernentes à democracia paritária.¹⁵

Nesse contexto, no Brasil, em 1928, Alzira Soriano foi a primeira prefeita mulher a ocupar esse cargo. Eleita para a cidade de Lajes, no interior do Rio Grande do Norte, antes mesmo que as mulheres

¹³ BOURDEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena. 11ª ed. Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

¹⁴ ARAÚJO, Clara. As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas. O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010. Organização: Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitangui – Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em 13 out 2019.

¹⁵ SPOHR, Alexandre Piffero et al. Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v.24, n.2, p. 417-441, jun. 2016. ISSN 1806-9584. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/44593/31748>. Acesso em: 31 jul. 2019.

obtivessem direito ao voto no território nacional, foi a primeira mulher da América Latina a ocupar o cargo de chefe de governo de um município.¹⁶

Ainda assim, o sufrágio feminino apenas foi formalmente assegurado em todo o território nacional tão somente em 1932, a partir do Decreto 21.076. À época, fora concedido esse direito apenas às mulheres casadas, e ainda dependendo da autorização dos seus maridos, além desse caso, também fora atribuído às viúvas e solteiras quando possuíssem renda e sustento próprio. Entretanto, pouco mais tarde, essas condicionantes foram apartadas em 1934, e, finalmente, em 1946, o voto feminino adquiriu caráter obrigatório em todo o país e passou a ser tido como item extremamente importante na democracia.

Com a Lei nº 9.504, de 1997, os partidos e coligações passaram a ter que observar no registro dos candidatos que apresentassem para Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, um mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Tais cotas tornaram-se obrigatórias a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.034, em 2009.

A necessidade de práticas concretas objetivando atingir a paridade entre os sujeitos é indicada por Marta Postigo Ansejo em *La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de igualdad formal a la igualdad substancial*¹⁷ para explicar a relevância da edição de leis estabelecendo a obrigatoriedade de cumprimento das cotas de participação feminina.

Deixar de criar meios para a correção das desigualdades sociais, representaria conviência com essas disparidades, que restariam naturalizadas, favorecendo aqueles que se beneficiam com tal

¹⁶ Convém recordar que a Constituição Brasileira de 1891 vetava expressamente às mulheres o direito ao voto. Foi em 1927, que o estado do Rio Grande do Norte realizou mudanças no seu Código Eleitoral a fim de viabilizar às mulheres o exercício de seus direitos políticos. Assim, Alzira Soriano foi eleita em 1928, antes mesmo que o direito de voto das mulheres fosse assegurado em todo o território nacional, o que só ocorreu em fevereiro de 1932. Eleita pelo Partido Republicano com 60% dos votos, Alzira Soriano permaneceu no cargo somente durante um ano, saindo após a eleição de Getúlio Vargas.

¹⁷ Em tradução livre: A conquista da igualdade e as ações afirmativas: da igualdade formal à igualdade substancial.

desequilíbrio¹⁸. Ao pensar em ações afirmativas que supunham novas formas de compreender igualdade, pontua:

Tratan de lograr que los principios de igualdad y de no discriminación que emanan de una era de expansión de la ideología internacional en favor de los derechos humanos sean una realidad y no un simple remedio para callar y contentar las voces de denuncia contra las formas de discriminación vigentes.¹⁹²⁰

Todavía, não obstante a promulgação de leis que estabelecessem cotas para fomentar a participação feminina no cenário político, constata-se, à luz dos dados anteriormente apresentados, a correção de SPOHR *et al* ao registrarem a limitação dessas medidas. Isso porque “incidiram sobre o problema da oferta eleitoral, mas se revelaram insuficientes para agir contundentemente sobre o problema da sub-representação”²¹.

Nessa perspectiva, pertinente a assertiva de Silmara Conchão e Sonia Alves Calión em sua contribuição para o volume *Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe*, de que “O Estado é masculino e é um representante institucional do poder patriarcal”.²²

Por essa razão, apontam as autoras para a impossibilidade de se tratar de democracia sem sopesar as desigualdades sociais que ainda perduram entre homens e mulheres, uma vez que essa foi uma lógica estruturante da sociedade.

¹⁸ POSTIGO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. *CLEPSYDRA*, 4; enero 2005, p. 40.

¹⁹ POSTIGO, Marta. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad sustancial. *CLEPSYDRA*, 4; enero 2005, p. 45.

²⁰ Em tradução livre: Buscam que os princípios de igualdade e não discriminação que emanam de uma era de expansão da ideologia internacional em favor dos direitos humanos sejam uma realidade, e não um simples remédio para calar e contentar as vozes de denúncia contra as formas de discriminação vigentes.

²¹ SPOHR, Alexandre Piffero et al. Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v.24, n.2, jun. 2016, p. 419. ISSN 1806-9584. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/44593/31748>. Acesso em: 31 jul. 2019

²² CONCHÃO, Silmara. CALIÓN, Sonia Alves. Relendo a Cidade sob a perspectiva de gênero: as gestões feministas na Prefeitura de Santo André entre 1989 e 2016. *Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe*. Luciana Boiteux, Patrícia Carlos Magno, Laize Benevides (Orgs.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. p. 906.

A incorporação da perspectiva de gênero – sem dissociá-la das discussões sobre raça e classe – ao construir políticas que potencializem a inclusão da mulher, a partir da promoção de mudanças na organização da sociedade civil, da máquina pública, no âmbito econômico, social, político e, sobretudo, cultural, contribuirá para o desenvolvimento com sustentabilidade, fomentando a paulatina transformação social.²³

Conclusão

Não obstante alguns avanços percebidos no transcurso da história, a deficitária representação feminina nos espaços de tomada de decisão é um reflexo das disparidades de uma sociedade erigida sobre a concepção de dominação masculina justificadora da ideia de que a mulher, por naturalmente pertencer ao ambiente privado/doméstico, não seria dotada dos atributos necessários à governança.

Mesmo correspondendo a parcelas maiores do eleitorado e da população geral nacional, as mulheres ainda sofrem com baixa inserção no cenário político brasileiro. A conquista do direito ao voto e a criação de cotas de gênero, dentre outras inovações legislativas, todavia não foram suficientes para assegurar a distribuição igualitária de poder político no país.

Em um contexto no qual, para cada mulher na condição de chefe o Executivo municipal, existem 7,5 homens no mesmo cargo; e que, não obstante a maioria das governantes possuir nível escolar mais elevado do que seus colegas homens, ainda estão adstritas aos menores e mais pobres municípios, percebe-se que a ocupação de espaço pelas mulheres no cenário político requer mais do que a fixação de percentuais para o registro de candidaturas.

²³ CONCHÃO, Silmara. CALIÓ, Sonia Alves. Relendo a Cidade sob a perspectiva de gênero: as gestões feministas na Prefeitura de Santo André entre 1989 e 2016. **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe**. Luciana Boiteux, Patrícia Carlos Magno, Laize Benevides (Orgs.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

A superação das práticas discriminatórias e excludentes no universo político é um desafio a ser vencido. A consolidação do modelo democrático brasileiro depende do enfrentamento dessas violações, com a desnaturalização e o combate à sub-representação, à desigualdade do sistema político partidário e à limitação do acesso a recursos financeiros para campanha por parte das candidatas.

Indica-se a necessidade de mudanças concretas que viabilizem desde a corrida eleitoral equiparada, com observância das cotas instituídas, divisão equânime do tempo para inserção nos espaços publicitários e acesso aos recursos financeiros necessários, até a garantia às eleitas de condições para execução de mandatos sólidos.

Assegurar a plena e efetiva participação feminina no processo político mostra-se imprescindível. A consolidação da mulher enquanto agente político envolvido nos processos decisórios implicará no paulatino e progressivo rompimento com as estruturas de dominação e exclusão embasadas em discriminações de gênero. A ocupação desses espaços de poder contribuirá para assegurar que os direitos das mulheres e suas necessidades não quedem preteridos por ausência de vozes que as representem durante as discussões.

Trabalhar em prol da igualdade de oportunidades de participação política, para além de promover o fortalecimento do sistema democrático, desdobra-se na promoção da inclusão social ao combater a discriminação contra a mulher, tanto na esfera privada como na pública.

Referências

ARAÚJO, Clara. As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas. **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010**. Organização: Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitanguí – Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 90-136. Disponível em http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em 13 out 2019.

BARBOSA, Claudia de Faria; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. Um olhar sobre a Trajetória das Prefeitas Baianas: entaves e avanços. **Fazendo Gênero 9 Diásporas**,

- Diversidades, Deslocamentos 23 a 26 de agosto.** Disponível em http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277462300_ARQUIVO_Fazendo_Genero.pdf. Acesso em 10 out 2019.
- BOURDEU, Pierre. **A dominação masculina.** Tradução de Maria Helena. 11^a ed. Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CONCHÃO, Silmara. CALÍO, Sonia Alves. Relendo a Cidade sob a perspectiva de gênero: as gestões feministas na Prefeitura de Santo André entre 1989 e 2016. **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe.** Luciana Boiteux, Patrícia Carlos Magno, Laize Benevides (Orgs.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018. pp. 892–911.
- INSTITUTO Alziras. **Perfil das prefeitas no Brasil: mandato 2017-2020.** Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <http://prefeitas.institutoalziras.org.br/>. Acesso em 08 out 2019.
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil (Estudos e Pesquisas: informação demográfica e socioeconômica nº 38).** Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em 31 jul 2019.
- ONU MUJERES, El Progreso de las Mujeres en el mundo 2015-2016: resumen. **Transformar las economías para realizar los derechos.** Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/SUMMARY_ES_1516.pdf Acesso em 13 out 2019.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas no Brasil (ONUBR); FILHO, Haroldo Machado (Org.). **Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.** 2016. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Glossario-ODS-5.pdf>. Acesso em 31 jul 2019.
- PONTES, Ana Carolina Amaral de et al.; FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Manual Jurídico Feminista.** Belo Horizonte – MG: Letramento; Casa do Direito, 2019.
- POSTIGO, Marta. **La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la iguald sustancial.** CLEPSYDRA, 4; enero 2005, pp. 33-45.

SCHERER, Luciana. BOTELHO, Louise De Lira Roedel. Liderança feminina na gestão pública municipal – desafios e aprendizados de mulheres prefeitas. **Atlânticas: revista internacional de estudos feministas**. Vol 3, nº1, 2018. pp. 224-248. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6648031>. Acesso em 09 out 2019.

SGARBIERI, Astrid Nilsson. Mulher brasileira na política: preconceitos e evoluções – representações na mídia. **Cadernos de Estudos Linguísticos**, v. 44, p. 291-300, 24 ago. 2011. Disponível em <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cel/article/view/8637083/4805>. Acesso em 13 out 2019.

SPOHR, Alexandre Piffero et al. Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v.24, n.2, p. 417-441, jun. 2016. ISSN 1806-9584. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/44593/31748>. Acesso em: 31 jul. 2019.

A influência do estado no processo de socialização: uma análise acerca da disponibilização de direitos sociais

Rodrigo Guerra Lima

Introdução

A inserção dos novos indivíduos na teia social que os envolve é chamada de socialização, um contínua aprendizagem e interiorização da realidade social, sua cultura, seus valores e padrões comportamentais. Para que esse processo seja realizado adequadamente, foram eleitos três elementos fundamentais, a família, o ambiente familiar e a organização urbana.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988, foi o dispositivo norteador deste estudo, por assegurar direitos sociais intrinsecamente relacionados com o processo de aprendizado das crianças e adolescentes, tais como a educação, moradia e proteção a infância. A abordagem utilizada para a compreensão da formação dos pesquisados lança mão de outras ciências, apesar disso, o Direito ocupa uma posição central na análise da disponibilização de garantias fundamentais, sempre em busca do desenvolvimento equitativo da sociedade.

O objetivo desse estudo é construir um panorama acerca das principais violações dos direitos sociais, diante do dispositivo constitucional indicado, e o impacto causado pela negação de direitos ao processo de aprendizagem das crianças e adolescentes.

Quanto à metodologia utilizada, no que tange aos objetivos, a pesquisa é do tipo exploratório, os dados foram colhidos de forma quantitativa, a natureza do estudo é do tipo experimental e prospectiva em relação ao seu desenvolvimento do no tempo.

1. Metodologia

O estudo foi executado em três etapas distintas, inicialmente foram aplicados 450 instrumentos avaliativos, do tipo questionário, aos alunos da rede municipal da cidade de Caruaru-PE, buscando avaliar a impressão das crianças e adolescentes, com a faixa-etária de 08 a 12 anos, quanto à disponibilização dos direitos sociais por parte do Estado, a estrutura das escolas municipais também foi analisada, em questionários de conformidade, o pesquisador também visitou os 10 bairros mais mencionados pelos alunos consultados, a fim de avaliar sua estrutura. Os instrumentos avaliativos utilizados foram aprovados pelo comitê científico e de ética do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), contando também com a permissão da Secretaria de Educação do município de Caruaru-PE.

2. Referencial teórico

Os direitos fundamentais elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), estão intrinsecamente relacionados com o refinamento do processo civilizatório humano. O desenvolvimento da cultura foi um aspecto diferenciador da espécie humana, que possibilitou o ganho de complexidade das diversas tarefas desempenhadas pelos indivíduos, ademais, facilitou a transmissão do conhecimento adquirido pelos antepassados. Para o presente estudo, utiliza-se a seguinte definição:

A cultura pode, então, ser entendida como um ambiente de ação coletiva do qual fazemos parte ao nascer e onde passamos a interagir, tornando-nos um de seus agentes. Podemos dizer que a cultura é o meio pelo qual as forças

sociais se tornam perceptíveis, fazendo-nos tomar consciência de não sermos apenas um indivíduo, mas também o membro de um grupo que age de modo recíproco, inteligível e convergente.¹

Assim, a cultura possibilita o compartilhamento de princípios e padrões comportamentais, que facilitam as interações dos indivíduos na sociedade, essa, pela complexidade adquirida, faz com que seja necessária a divisão de tarefas, e, por conseguinte, a especialização do conhecimento.

O *Homo sapiens* possui natural propensão ao convívio em sociedade, porém, por essa ser uma realidade dinâmica e pré-existente, deve ser adequadamente apresentada para os novos indivíduos. O processo de socialização visa facilitar as interações de cada novo cidadão na comunidade onde ele está inserido, se trata de um contínuo processo de aprendizagem da realidade, que pautará seu processo decisório.

O processo de aprendizagem da realidade social é segmentado em duas fases, como destacam os autores:

A socialização primária é a primeira socialização que o indivíduo experimenta na infância, e em virtude da qual torna-se membro da sociedade. A socialização secundária é qualquer processo subsequente que introduz um indivíduo já socializado em novos setores do mundo objetivo de sua sociedade. [...]²

Desse modo, o grupo familiar é encarregado de promover a socialização primária, esse é um processo marcado pela inevitabilidade da escolha de seus componentes, o mundo dos pais passa a ser a realidade interiorizada pelos filhos, de forma preliminar, sendo cristalizada mais fortemente nos valores que formarão sua identidade. Nessa fase os novos indivíduos recebem uma espécie de ‘verniz social’, que consiste em padrões comportamentais mínimos que facilitarão sua interação com terceiros. A linguagem é o elemento mais significativo desse estágio de inserção social.

¹ COSTA, Cristina. *Sociologia: Introdução à ciência da sociedade*. São Paulo: Moderna. 4ª edição, 2010, p. 191.

² BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Petrópolis: Vozes, 23ª edição, 2003, p. 175.

A socialização primária é satisfeita quando o indivíduo consegue reconhecer a sociedade como uma realidade generalizada, ou seja, com a visualização dos valores, papéis e condutas admitidas socialmente, o que formará sua consciência subjetiva, viabilizando assim a convivência com outros indivíduos fora do âmbito familiar.

A socialização secundária é um processo subsequente, entendido como o ingresso do ser social em setores parciais da realidade, que requerem a especialização do conhecimento ou da força do trabalho. Difere da socialização primária, vez que possui um caráter artificial, que por vezes entra em conflito com os valores transmitidos pelo grupo familiar, a socialização secundária também dispensa a inevitabilidade da escolha de seus condutores, bem como possui menor grau de afetividade em suas relações, por isso necessita de constantes instrumentos de reafirmação, que visam solidificar esse ambiente social, característica destacada pelos autores:

O caráter mais “artificial” da socialização secundária torna a realidade subjetiva da interiorização dela ainda mais vulnerável às definições desafiadoras da realidade, não porque não sejam julgadas certas ou seja apreendida como menos do que real na vida cotidiana mas porque sua realidade é menos profundamente arraigada na consciência [...].³

Como um processo de aprendizado contínuo da realidade, o processo de socialização das crianças a adolescentes é imprescindível para sua adequada atuação social, consiste em princípios e padrões comportamentais que viabilizam a participação ativa dos novos cidadãos na realidade em que se inserem, de modo compatível com as normas morais e jurídicas.

A família surge como um importante espaço de conservação da estrutura social, a socialização primária possibilita uma observação preliminar da realidade onde o indivíduo se insere, além de desenvolver a

³ BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Petrópolis: Vozes, 23ª edição, 2003, p. 175.

subjetividade das crianças. As tarefas desempenhadas pela família são decisivas para o nascente processo de aprendizagem, inclusive subsidiando a tarefa que será desempenhada pelas instituições promotoras da socialização secundária.

O direcionamento dos esforços do grupo familiar para o processo de aprendizagem dos seus filhos, representa uma tarefa a ser realizada de forma conjunta por seus componentes, o sucesso dessa atividade, deverá ser alcançado por meio da comunicação entre seus membros, um fator-chave para a participação efetiva dos cidadãos em potencial na teia social que os envolve. Desse modo, a família possui definição análoga a de um Grupo Operativo:

Para nós, grupo operativo e grupo familiar são suscetíveis de uma mesma definição: conjunto de pessoas reunidas por constantes de tempo e espaço, articuladas por sua mútua representação interna, que se propõem implícita ou explicitamente, uma tarefa que constitui sua finalidade. Nesse caso, no grupo familiar, acrescentamos às constantes de tempo e espaço os vínculos de parentesco. [...] ⁴

Ainda acerca do potencial da atividade desempenhada pelos grupos, o vínculo surge como uma relação de afetação mútua entre emissor e receptor, em um processo de codificação e decodificação de significados, ou seja, uma interação dialética contínua, o terceiro constitui um ‘ruído’ que pode atrapalhar a relação comunicacional, e por conseguinte o aprendizado dos membros do grupo. Desse modo, a fluidez da comunicação dos componentes da família, a partilha de significações, contribui para a realização de sua tarefa primordial, a socialização dos seus filhos.

O grupo familiar surge então, como um elemento imprescindível para o processo de aprendizagem da realidade das crianças e adolescentes, o que será determinante para uma adequada adaptação à realidade e seu

⁴ PICHON-RIVIÈRE, Enrique. *O Processo Grupal*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª edição, 2005, p. 216.

desenvolvimento crítico, que auxilia na resolução de problemas no seu contexto social, exercício da cidadania de forma ativa.

A educação é encarada no seu aspecto mais amplo, que ultrapassa o mero cumprimento dos conteúdos curriculares, possuindo uma função primordial no processo de socialização. Hannah Arendt destaca a importância da aprendizagem:

Na medida em que a criança não tem familiaridade com o mundo, deve-se introduzi-la aos poucos a ele; na medida em que ela é nova, deve-se cuidar para que essa coisa nova chegue à fruição em relação ao mundo como ele é. Em todo caso, todavia, o educador está aqui em relação ao jovem como representante de um mundo pelo qual deve assumir a responsabilidade, embora não tenha feito e ainda que secreta ou abertamente possa querer que ele fosse diferente do que é.⁵

A escola, na organização social, funciona como uma intermediária entre a realidade familiar e a sociedade exterior. Para a filósofa judia, a aprendizagem seria a assunção de responsabilidade perante essa realidade pré-existente, não só da continuidade dessa organização, mas também do seu aperfeiçoamento, seja pela evolução do conhecimento científico ou das normas de convívio social, servindo, portanto, para o adequado manuseio do presente, único intervalo de tempo manipulável.

Paulo Freire ressalta a importância da educação, tanto para proporcionar que o homem se torne protagonista do seu destino, assim como, para a observação crítica da sua realidade espaço-temporal. Destaca-se assim, o contínuo estado dialético da educação:

A educação é uma resposta da finitude da infinitude. A educação é possível para o homem, porque este é inacabado e sabe-se inacabado. Isto leva-o a sua perfeição. A educação portanto, implica uma busca realizada por um sujeito que é homem. O homem deve ser sujeito de sua educação. Não pode ser objeto dela. Por isso ninguém educa ninguém.⁶

⁵ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 8ª edição, 1ª reimpressão, 2017, p.239.

⁶ FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança [recurso eletrônico]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1ª edição, 2013. p. 30.

O ambiente escolar se mostra como o primeiro espaço de contato do indivíduo com mundo exterior, onde ele inicia a convivência com opiniões divergentes daquelas que constituem sua subjetividade primária, padrões comportamentais e principiológicos construídos durante a socialização primária. A escola também é uma instituição formal, que deve expor conteúdos de maneira sistemática, de acordo com a faixa etária do seu aluno, tarefa duplamente árdua, vez que, ainda que deva demonstrar o conhecimento científico adquirido pela civilização, deve incentivar os alunos a construírem saídas inovadoras para os problemas atuais.

Os alunos desenvolvem complexas relações na realidade escolar, antecipando os conflitos que enfrentarão na sociedade, iniciam contatos com opiniões e cargas culturais divergentes daquelas que constituem sua personalidade, bem como são apresentados a rotinas mais rígidas, com horários pré-determinados para realização de atividades. De forma sucinta, a realidade escolar:

Ao desenvolver, por meio de atividades sistemáticas, a articulação dos conhecimentos culturalmente organizados, ela possibilita a apropriação da experiência acumulada e as formas de pensar, agir e interagir no mundo, oriundas dessas experiências. Concomitantemente, ela proporciona o emprego da linguagem simbólica, a apreensão dos conteúdos acadêmicos e compreensão dos mecanismos envolvidos no funcionamento mental, fundamentais ao processo de aprendizagem.⁷

Assim, a escola é responsável pela apresentação do conhecimento sistematizado, adquirido pela civilização através dos séculos, que são interiorizadas de forma única, a partir do prisma construído pela socialização primária, promovida pela família. A interdependência entre as realidades familiar e escolar, faz com que seja necessário o contínuo contato entre esses ambientes, a estabilidade dos vínculos familiares facilita o desenvolvimento das atividades vivenciadas no ambiente escolar.

⁷ DESSEN, M. A.; POLONIA, A. C. *A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano*, Paidéia, Ribeirão Preto, volume 17, número 36, abr. 2007, p. 25.

A partir de uma visão crítica, não se deve confundir escolarização com educação ou aprendizagem, aquela refere-se ao avanço temporal no cronograma escolar em busca de um certificado ou título, enquanto os últimos termos representam uma busca pelo conhecimento, uma adaptação criativa à realidade onde os indivíduos se inserem. Nesse sentido:

As escolas estão baseadas na suposição de que há um segredo para tudo nesta vida; de que a qualidade da vida depende do conhecimento desse segredo; de que os segredos só podem ser conhecidos em passos sucessivos e ordenados; de que apenas os professores sabem revelar corretamente esses segredos.⁸

Desse modo, a atual dinâmica da escola desvirtuou sua finalidade como um espaço de debate, de incentivo à aprendizagem, se tornando uma instituição que direciona seus esforços a objetivos mercadológicos.

O monopólio da disponibilização do conhecimento formal também representa um entrave ao pleno desenvolvimento da aprendizagem, tendo em vista que inibe a transmissão de experiências por indivíduos supostamente não qualificados (sob o ponto de vista da certificação do conhecimento). Assim, ainda que o desmantelamento do modelo atual, centrado no comparecimento escolar, seja utópico nas atuais circunstâncias, alguns aspectos podem contribuir para o aumento do potencial do conhecimento construído pelas crianças e adolescentes no espaço escolar como: a diminuição da distância na relação professor-aluno em uma sala de aula, espaços de cooperação entre alunos e uma maior aproximação da realidade social que os rodeia. Entretanto, para que a educação desempenhe seu papel transformador, proporcionando uma socialização secundária adequada, faz-se necessário que os professores, alunos e demais funcionários envolvidos, contem com uma estrutura adequada para o desempenho de suas atividades, garantindo assim os direitos fundamentais dos pesquisados.

⁸ ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes, 7ª edição, 1985, p. 86.

A realidade urbana também é um aspecto notável para a adequada socialização dos indivíduos, tendo adquirido relevada importância para os grupamentos humanos através dos séculos. Para o presente estudo o urbano interessa por ser um produto social, que reflete suas desigualdades e relações de poder. Nesse contexto, destaca-se a construção da realidade socioeconômica brasileira:

Como parte integrante de um processo que é capitalista, sem dúvida, e de uma sociedade de classes, relações calcadas no **favor**, no **privilégio** e na **arbitrariedade** caracterizam a formação da sociedade brasileira. Mais do que uma convivência entre o atrasado e o moderno, a evolução dos acontecimentos se dá com o “desenvolvimento moderno do atraso” [...].⁹

O urbano recebe atenção a partir da transição econômica do capitalismo, da produção rural para a industrialização, tornando-se uma questão controvertida à medida que o avanço industrial ameaçava a qualidade de vida nas cidades. A modernização das metrópoles, que culminou na retirada arbitrária da população marginalizada ocasionou um quadro de tensão social entre os cidadãos. O direito à cidade, termo criado e disseminado por Henri Lefebvre, surge como uma forma de protesto, em busca dos direitos sociais perdidos ou nunca conquistados no que diz respeito à moradia, conceituado nos seguintes termos:

O direito à cidade se manifesta como uma forma superior de direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade.¹⁰

Assim, há uma relação direta entre o direito à cidade e o direito à moradia, consagrado no art. 6º da CF/1988, aquele refere-se à participação ativa do urbano com o respectivo acesso aos aparelhos necessários para as atividades cotidianas (lotéricas, escolas, mercados,

⁹ MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo: Ilegalidade, desigualdade e violência*. São Paulo: HUCITEC, 1995, p. 5, grifos da autora.

¹⁰ LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 5ª edição, 3ª Reimpressão, 2011, p.134.

farmácias etc.), o que proporciona um ambiente adequado para desenvolvimento dos ocupantes da *urbe*, privilegiando o valor social da habitação em detrimento ao seu valor comercial, enquanto o último, na concepção do legislador, deve dialogar com os demais direitos fundamentais, sua instrumentalização consiste na obtenção de um espaço digno para o convívio familiar, que garanta sua saúde, educação, proteção à infância e trabalho.

Ermínia Maricato também critica, de forma enérgica, a transformação do valor da habitação na sociedade:

A luta pelo direito à cidade volta às ruas: o que está em disputa é a própria cidade, seus equipamentos sociais, suas oportunidades de emprego, de lazer, de mobilidade. Mas essa disputa se refere também à aplicação do fundo público, que ao invés de se dirigir à reprodução da força de trabalho, se dirige à reprodução do capital.¹¹

Com isso, uma parte significativa da população sofre para acessar direitos sociais por meio da realidade urbana, de forma coincidente, são igualmente marginalizados no acesso ao poder político, o que explica, parcialmente, o não atendimento de suas necessidades, com a produção do urbano de acordo com os ditames da classe dominante. Os avanços sociais, promovidos nas últimas décadas, não conseguiram reverter o quadro de degradação das cidades brasileiras.

Por outro lado, Raquel Rolnik identifica a financeirização da moradia, capitaneada pelo setor imobiliário, como um fator prejudicial para o desenvolvimento das cidades, uma vez que o poder público é desestimulado a oferecer serviços de mobilidade, segurança e lazer, que passam a ser disponibilizados por aqueles que podem compra-los da iniciativa privada. Ao analisar a realidade brasileira, ressalta:

Esse modelo desenvolvimentista e socialmente perverso resultou na consolidação de uma das sociedades mais desiguais do mundo, em que a

¹¹ MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 3ª edição, 1ª reimpressão, 2014, p.26

maioria da população não tem atendidas necessidades básicas, tal como a habitação. De fato, a falta de oferta de moradia acessível tornou-se um dos principais problemas sociais do país, em um contexto de urbanização vertiginosamente rápida¹².

Assim o desenvolvimento das cidades no país, tem levado ao avanço da segregação espacial, bem como à precarização de direitos sociais necessários para o desenvolvimento das crianças e adolescentes. A retomada das cidades e o respectivo acesso à moradia passa por uma adequada adaptação à realidade, a partir de uma visão crítica do ambiente urbano construído, tal atitude poderá ocasionar a democratização da construção das cidades, é também um processo coletivo em busca do acesso aos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna¹³.

Para o presente estudo as deficiências provocadas pela negação dos direitos sociais analisados, causa um desajuste ao processo de socialização das crianças e adolescentes, o que cria um estado de vulnerabilidade social, aproximando-os da criminalidade em casos mais extremos, como vítimas ou autores. O conhecimento produzido pela Criminologia é de grande valia para visualização desse fenômeno, especialmente a partir da perspectiva da Escola de Chicago, que enxerga o crime como um fenômeno ecológico, ou seja, como uma conduta influenciada pelo ambiente em que o indivíduo está inserido. Destaca-se o conceito das “Áreas de delinquência”, locais onde a ocorrência de crimes é mais provável e a assistência estatal é menos perceptível, criando assim uma *gradient tendency*. De forma elucidativa:

[...] Os estudos estatísticos de milhares de casos lograram demonstrar que a criminalidade correlacionava-se com a localização da residência daquelas pessoas nas cinco zonas concêntricas. Era maior nas áreas de degradação próximas ao *Loop* e menores nas áreas residenciais externas da cidade. [...] ¹⁴

¹² ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. São Paulo: Boitempo, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2015, p. 267.

¹³ HARVEY, David. *Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins fontes – selo Martins, Tradução de Jeferson Camargo. 1ª edição, 3ª Reimpressão, 2011.

¹⁴ SHECAIRA, Sérgio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, p. 127-169, 2014, p. 154.

Desse modo, no caso estadunidense o desenvolvimento das cidades em zonas concêntricas, a partir do *Loop* central, coincide com a disponibilização de serviços públicos, sendo mais expressiva nas regiões que concentram a classe média e alta e menor naquelas onde a população de baixa renda reside. No Brasil as classes sociais não possuem uma distinção espacial tão evidente, impedindo o desenvolvimento em zonas concêntricas, a dinâmica urbana no país lembra a estrutura de um arquipélago, com a presença de ilhas de riqueza, que concentram a classe média e alta, e um mar de pobreza ocupado pela população marginalizada.

Ainda que seja repudiada uma visão determinista acerca da ocorrência de crimes em determinada área, é visualizada uma relação direta entre a vulnerabilidade social causada pela diferenciação no tratamento da população, de acordo com o local que ocupam na cidade, e a maior probabilidade de condutas delitivas.

De forma expressa, o direito à educação, moradia e proteção à infância, estão elencados no art. 6º da CF/1988, a proteção à família, necessária para o regular desenvolvimento das crianças e adolescentes, está prevista no capítulo VII, do título VIII do mesmo diploma, a partir do art. 226¹⁵.

As garantias consagradas no art. 6º são considerados de forma majoritária pela doutrina como direitos fundamentais, inclusive por estarem inseridas, assim como o art. 5º, no mesmo Título II do diploma¹⁶. Possuem extrema relevância para o desenvolvimento equitativo da sociedade. Nesse sentido:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 6 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁶ *Ibidem*.

consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁷

Desse modo, são direitos que não exigem qualquer tipo de contraprestação do cidadão, nem são por ele renunciáveis, por outro lado exigem a atuação do Estado como um intermediador, que atuará objetivando a diminuição das desigualdades sociais impostas. Por isso, a vulnerabilidade social é analisada à luz do processo de socialização das crianças e adolescentes, buscando-se verificar a implementação dos direitos sociais trabalhados, sob a perspectiva da atuação estatal.

3. Desenvolvimento

As informações colhidas a partir da aplicação dos questionário revelam o panorama do processo de socialização dos pesquisados, bem com a disponibilização dos direitos sociais elencados no art. 6º da CF/1988, com especial atenção à educação, moradia e proteção à infância, instrumentalizada pelos deveres inerentes à família e ao Estado, em conformidade com o que preceitua o art. 227 do mesmo diploma.

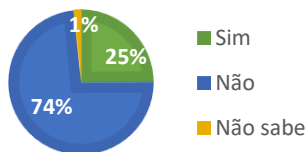
Para que os dados sejam apresentados de forma didática, foram divididos em três ramos: família, escola e organização urbana.

No que diz respeito à família, buscou-se verificar a percepção dos indivíduos acerca dos laços afetivos que unem esse grupo, assim como a comunicação entre seus membros. Ao serem questionados se ambiente familiar era acolhedor, 95% dos pesquisados responderam afirmativamente, demonstrando que se sentem amparados pelos componentes de sua família, dentre as demonstrações de carinho, abraços, beijos, conselhos e passeios foram respostas recorrentes. 90% dos entrevistados também declararam que sentem confiança nos seus pais para dialogar sobre algum problema que os preocupa no cotidiano, a comunicação é um dos fatores primordiais para que a grupo familiar

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 34ª edição, 2018, p. 268.

desempenhe sua tarefa, qual seja, o processo de aprendizagem e respectiva socialização das crianças e adolescentes.

Gráfico 1 – Ocorrência de violência verbal ou física

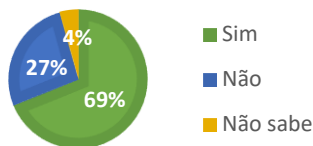


Fonte: o autor, 2020.

Por outro lado, foram visualizados relevantes fatores que podem representar obstáculos para o desenvolvimento dos menores. A presença da violência verbal ou física, no âmbito familiar, foi atestada por 25% dos entrevistados (gráfico 1) o que constitui uma vulnerabilidade no processo de aprendizado, que também poderá ensejar comportamentos violentos em suas relações sociais, especialmente aquelas desenvolvidas no âmbito escolar.

O desemprego de familiares também surge como um fator relevante no contexto das crianças e adolescentes, 27% dos entrevistados informaram que possuem algum familiar que desejaria estar empregado, tal número demonstra um prejuízo na capacidade econômica dos grupos familiares, o que contribui para o acirramento da desigualdade social no contexto abrangido, em nível nacional tal circunstância é agravada pelo desmantelamento do estado de bem-estar social, sem que essa política tenha sido implementada em sua plenitude, esses fatores acarretam privações ao acesso sustentável de recursos essenciais, como: assistência médica, educação, moradia e alimentação. Desse modo, um percentual significativo dos indivíduos analisados experimenta os efeitos da hipossuficiência econômica, que contribui para a marginalização social.

Gráfico 2 – Conhecimento de algum familiar envolvido com o crime



Fonte: o autor, 2020.

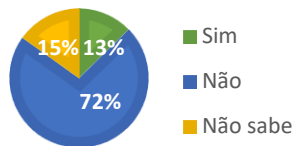
A proximidade com a criminalidade também foi relatada pelos entrevistados (gráfico 2), de forma isolada o conhecimento de algum familiar envolvido com o crime não representa um risco ao processo de socialização do indivíduo, todavia quando somado aos fatores já destacados, bem como outros elementos geradores de vulnerabilidade, constroem um ambiente propício à absorção de padrões comportamentais criminógenos, por certa banalização de comportamentos transgressores, que supostamente serviriam como uma resposta para as constantes violências sofridas, provenientes do Estado ou não.

A absorção de códigos morais próprios é perceptível de forma primordial entre os adolescentes, a marginalização pode ocasionar o repúdio de comportamentos socialmente aceitos, por outro lado, ocasionar a valorização de condutas respeitadas por seus semelhantes, que geralmente vão de encontro às normas morais, do grupo dominante, e por conseguinte das normas legais que regem a sociedade. A potencialidade de comportamentos criminógenos também é gerada pelo enfraquecimento do controle social informal, um dos aspectos primordiais da Teoria Desorganização Social, tal aspecto pode ser explicado, em parte, por mudanças culturais na sociedade, que levam ao enfraquecimento dos laços comunitários, que costumavam estar associados ao ideal de cidadania, esse movimento é visualizado em diversas instituições, de cunho religioso, educacional ou na própria vizinhança, tornando a coerção estatal uma saída recorrente para comportamentos transgressores.

Desse modo, acerca da socialização primária, os indivíduos pesquisados relataram um contínuo acesso comunicacional com seus familiares, o que contribui para a operatividade desse grupo, cujos esforços são direcionados para a aprendizagem dos seus filhos, a confiança desses também é um fator relevante. Porém fatores como a violência no âmbito familiar, o contato com indivíduos que praticaram crimes e o desemprego de parentes evidenciam fatores de vulnerabilidade social, que podem dificultar a adequada adaptação das crianças e adolescentes a novas realidades parcelares da sociedade, como a escola e o trabalho.

A educação também foi analisada, acerca das garantias para o pleno desenvolvimento dos novos cidadãos. A escola surge como um ambiente ímpar no processo de aprendizagem, de suma importância para a conservação da realidade social, sobretudo no caso brasileiro por possuir o monopólio da formação pedagógica das crianças e adolescentes¹⁸.

Gráfico 3 - Problemas para efetuar matrícula



Fonte: o autor, 2020.

Os arts. 53 e 54 da Lei nº 8.069/90 (ECA)¹⁹ asseguram o direito à educação como forma de preparo para o exercício da cidadania, bem como encarregam o Estado de fornecê-lo de forma básica, atendidas as necessidades e aptidões individuais. Apesar de tais garantias, 13% dos entrevistados informaram ter conhecimento de algum problema para efetuar matrículas nas escolas municipais da cidade de Caruaru-PE (gráfico 3).

¹⁸ Posicionamento de acordo com o RE 888815

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 8.069*, 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do adolescente. Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > . Acesso em: 22 de mar. 2020.

Ainda que o acesso à educação seja garantido de forma majoritária na cidade, 43% dos alunos relataram que os professores enfrentam problemas para dar aula, a conversa entre os alunos e brigas foram alguns dos empecilhos relatados. Tal circunstância apresenta um obstáculo não só à convivência entre os entrevistados, mas também atrapalha a execução do conteúdo letivo programado pelos professores.

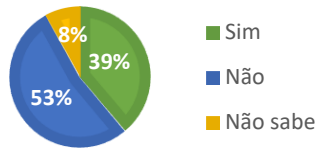
A proximidade espacial entre a escola e os alunos é um facilitador do acesso à educação, por demandar menor esforço físico ou econômico das crianças, adolescentes e familiares, 61% dos pesquisados informou que a escola que frequentavam estava próxima de sua residência, do percentual restante destaca-se o auxílio de transporte escolar nas escolas de tempo integral que contribui para a democratização desse direito fundamental, uma vez que facilita o comparecimento dos alunos ao ambiente escolar.

A cooperação entre os educandos é tida como um fator-chave para a verdadeira aprendizagem, de acordo com Ivan Illich²⁰, que encoraja o desenvolvimento de habilidades ou experiências independente da presença de um mestre certificado, sendo necessário tão somente que alguém que detivesse determinado conhecimento pudesse transmiti-lo.

No presente estudo não se vislumbra tamanha revolução, todavia as experiências escolares cooperativas possuem um potencial transformador a ser explorado, ainda que fossem utilizadas tão somente como um grupo de estudos, mesmo que 77% dos pesquisados tenha afirmado a realização de atividades de aprendizado em conjunto, a menção a provas ou atividades no próprio âmbito da sala de aula foi recorrente. Por outro lado, iniciativas de escolas de tempo integral em projetos pedagógicos devem ser ressaltadas, pois despertam o envolvimento dos alunos a partir de uma visão crítica.

²⁰ ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes, 7ª edição, 1985.

Gráfico 4 – Atividades junto ou para comunidade



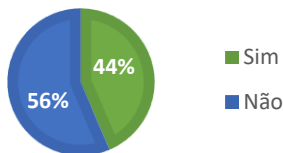
Fonte: o autor, 2020.

A educação libertadora, proposta por Paulo Freire²¹, passa pela compreensão da realidade social, uma estrutura dinâmica e complexa, fruto da construção cultural humana. Tais valores, signos, devem ser compreendidos com base no contexto sociocultural que os indivíduos fazem parte. A escola como principal condutora da socialização secundária, deveria oportunizar o diálogo entre alunos e a comunidade em que se inserem, mas essa não foi a realidade demonstrada pelos entrevistados (gráfico 4), 53% dos alunos relatou que não desenvolvia atividades junto ou para comunidade no contexto escolar, circunstância que pode dificultar a adaptação ativa à realidade objetiva, tolhendo o desenvolvimento de sua aprendizagem.

A escola é uma instituição que reflete os valores e comportamentos sociais, desse modo a violência urbana e familiar gera seus efeitos em sala de aula, prejudicando os objetivos de aprendizagem e proteção das crianças e adolescentes. No cenário escolar brasileiro há um ambiente conturbado, de violência nas suas mais diversas modalidades, tanto na relação entre alunos, quanto na convivência desses com seus professores, um quadro prejudicial às práticas pedagógicas.

²¹ FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança [recurso eletrônico]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1ª edição, 2013.

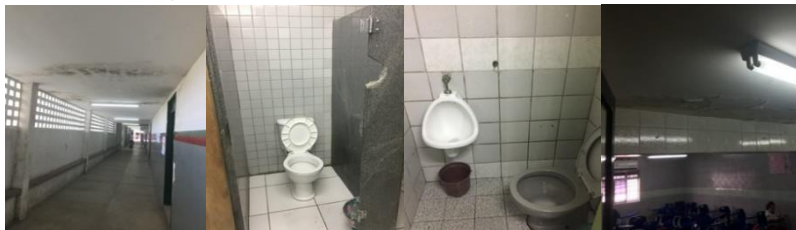
Gráfico 5 – indivíduos que já praticaram ou sofreram violência



Fonte: o autor, 2020.

No universo pesquisado 56% dos entrevistados informou ter sido vítima ou autor de violência no universo escolar (gráfico 5), as agressões físicas foram a categoria mais recorrente, no que diz respeito a casos de violência contra professores, das 9 escolas visitadas, 3 relataram a ocorrência de agressões contra os professores. Tais números demonstram que a violência é uma realidade nas escolas municipais da cidade de Caruaru-PE, condutas violentas prejudicam não só o aprendizado no ambiente escolar, repetindo seus efeitos na sociedade, seja pela reprodução de condutas agressivas ou por reduzir o potencial educacional dos seus cidadãos, gerando inclusive danos ao potencial econômico de uma sociedade, visto que sua produtividade futura é reduzida.

Imagem 1 – Problemas visualizados na infraestrutura nas escolas visitadas



Fonte: o autor, 2019.

Em relação à estrutura das escolas foram encontrados problemas, ligados à depreciação por parte dos próprios estudantes, bem como danos decorrentes da falta de investimentos por parte do poder público, dentre os problemas visualizados, encontram-se casos de infiltrações, problemas elétricos e hidráulicos (imagem 1). Quando a ventilação forçada era

fornecida por ventiladores, os professores criticaram o barulho emitidos pelos aparelhos, em 5 (cinco) das 9 (nove) escolas visitadas.

De forma positiva, todas as escolas visitadas possuem biblioteca e laboratório de informática, estruturas fundamentais para o desenvolvimento de atividades pedagógicas, aquela possibilita o desenvolvimento da leitura, imaginação e comunicação, expandindo assim o universo da educação no âmbito escolar, bem como pode desenvolver o desejo pelo conhecimento, fatores que corroboram com a capacidade do indivíduo resolver problemas, o último ambiente se faz cada vez mais necessário, por propiciar a inclusão digital de crianças e adolescentes, circunstância imprescindível para o exercício da cidadania em uma sociedade cada vez mais conectada. De forma primordial, os livros e os dispositivos tecnológicos, contribuem para o desenvolvimento da capacidade crítica dos educandos, expandindo seu repertório de informações acerca da realidade que os rodeia.

Outro aspecto relatado pelos pesquisados, foi a necessidade de faltar aula para exercer outras atividades, as causas mais expressivas foram: ficar com irmãos, primos, avós e em pequeno número trabalho infantil, tais circunstâncias demonstram problemas socioeconômicos, fruto de uma negação de direitos proveniente do Estado, no caso, a falta de vagas em creches, desassistência médica para idosos e fiscalização ineficaz do trabalho infantil, esse por vezes também reflete problemas econômicos que ocasionam as mais diversas privações de direitos. Ainda que os casos de trabalho infantil não sejam numerosos, não deixam de ser alarmantes, pois geralmente estão vinculados aos quadros de abandono ou evasão escolar, o que viola não só o direito à educação, mas também tolhe a empregabilidade dos indivíduos na idade adulta.

De forma positiva, 98% dos pesquisados declararam que enxergavam a educação como um aspecto importante de sua vida, circunstância que viabiliza a construção de sua aprendizagem, conduta que aproxima os estudantes do comportamento defendido por Paulo Freire, ou seja, desejam torna-se protagonistas de sua educação. Esse dado

é consubstanciado por outra questão realizada aos entrevistados, 96% deles afirmou que gostaria de continuar estudando após concluir o 3º ano do ensino médio, dentre as causas apontadas, a mais recorrente foi uma melhor colocação profissional. Assim, a educação é tida como um elemento transformador da condição socioeconômica dos alunos, o Estado tem um papel primordial na viabilização dos recursos necessários para o desenvolvimento das potencialidades das crianças e adolescentes.

O reconhecimento da importância da educação pelos familiares foi destacado por 97% dos entrevistados, um aspecto relevante, sobretudo para o trabalho a ser realizado pela escola. O auxílio familiar é importante para construção de um ambiente propício aprendizagem, de forma complementar a tarefa realizada pelos professores em sala de aula, aproximação contínua desses ambientes é imprescindível para a divisão de tarefas entre essas instituições, o que pode potencializar suas ações em prol da aprendizagem. Nesse sentido, a intenção da família de colaborar com a busca de conhecimento foi assinalada pelos pesquisados, visto que ao serem questionados se seus familiares ajudavam ou acompanhavam as atividades escolares, responderam afirmativamente em 93% das vezes.

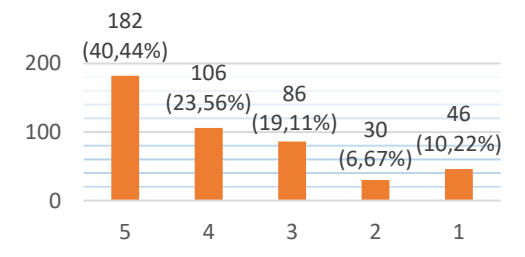
Diante dos últimos dados mencionados, resta evidente um grande desafio imposto à sociedade, em especial ao Estado, que é tornar sustentável apoio dado pela família aos seus filhos, no que diz respeito ao incentivo na sua formação, sendo esse um aspecto imprescindível, especialmente em fases iniciais da educação, quando os novos cidadãos ainda não conseguem mensurar a importância da aprendizagem em suas vidas.

Desse modo, no que diz respeito à disponibilização do direito à educação, existem fatores que criam obstáculos ao desenvolvimento das potencialidades dos cidadãos em formação, tais como questões socioeconômicas, o desemprego de familiares e hipossuficiência econômica. A falta de investimentos na estrutura das escolas pesquisadas, somada à depredação ocasionada pelos alunos, têm construído um quadro de deterioração do ambiente escolar, que presta um desserviço aos

objetivos almeçados pelos professores e alunos, a aprendizagem, quadro que se repete com a reprodução da violência. Porém há sinais de esperança, que precisam ser urgentemente cultivados, o Estado deve subsidiar a construção de um ambiente escolar adequado, disponibilizando ferramentas suficientes para que os novos cidadãos participem de forma ativa da realidade social que os cerca, só assim o direito à educação estará verdadeiramente assegurado.

A organização urbana da cidade de Caruaru-PE também foi analisada, dada sua importância para o desenvolvimento das relações sociais e por conseguinte para o processo de aprendizagem das crianças e adolescentes, por meio dos questionários aplicados aos alunos da rede municipal e incursões realizadas pelo pesquisador, nos 10 bairros mais mencionados por aqueles.

Gráfico 6 – Cuidado dispensado pelo poder público ao bairro dos entrevistados



Fonte: o autor, 2020.

Inicialmente, os alunos deviam avaliar o nível de cuidado, atenção que o poder público dispensa ao seu bairro, em uma escala de 1 (péssimo) a 5 (ótimo). Ainda que que cerca de 40% dos pesquisados tenha dado nota máxima ao cuidado dado ao seu bairro, esse percentual deve ser interpretado com ressalvas, frente às demais perguntas, que fragilizam essa constatação, por outro lado, aproximadamente 17% dos alunos entrevistados avaliou o cuidado com seu bairro como ruim ou péssimo (gráfico 6).

Imagem 2 – Problemas na infraestrutura urbana



Fonte: o autor, 2019.

Ao encontro da perspectiva defendida pela Escola de Chicago e a Teoria das Zonas Concêntricas, os participantes do estudo foram indagados se percebiam um suporte diferenciado dado ao seu bairro quando comparado com outras regiões da cidade, 56% dos entrevistados respondeu afirmativamente, constatando que a área que ocupavam recebia uma atenção diversa pelo poder público, na quase totalidade dos casos, associados a situações de desassistência estatal. Dos muitos problemas relatados pelos menores, estão a falta de calçamento, iluminação, problemas de segurança, inclusive com a narrativa de crimes na vizinhança, e ainda o acúmulo de lixo nos logradouros públicos. Tais problemas também foram constatados na análise dos bairros, feita pelo pesquisador (imagem 2).

Em relação aos outros problemas urbanos relatados, 33% dos consultados informou que sua família enfrentava problemas de abastecimento de água em sua residência, 44% deles respondeu afirmativamente, quando questionados se existia esgoto a céu aberto ou estourado perto de sua casa, números que demonstram violações não só ao direito à cidade, mas também afetam a manutenção da saúde dos pesquisados e dos seus familiares.

O lazer possui uma importante função no processo de socialização, sobretudo nas crianças e adolescentes, por aprimorar o desenvolvimento físico, intelectual e cultural, além de oportunizar a realização de atividades coletivas, como brincadeiras e esportes. Em relação à organização urbana, a presença de espaços de lazer é negligenciada pelo poder público, seja pela distribuição desigual no contexto urbano, ou pelo déficit de investimentos na sua manutenção. Ainda, acerca da conservação, a depredação desses

ambientes também tem contribuído para diminuição do seu potencial socializador para a população. Na realidade analisada, 70% dos consultados disseram haver espaços de lazer próximos a sua residência, compostas de forma majoritária por espaços construídos pelo poder público, o que contribui para democratização dos seus efeitos benéficos para a aprendizagem das crianças e adolescentes.

Imagem - 3: problemas na estrutura dos espaços de lazer



Fonte: o autor, 2019.

Em relação aos espaços públicos de lazer disponíveis, foram encontradas praças e parques ambientais, a análise feita *in loco*, acerca da estrutura desses ambientes, demonstrou sinais de vandalismo, como pichações e a quebra dos aparelhos disponíveis, ainda assim a deterioração fruto da falta de manutenção também se fez presente, 75% dos espaços de lazer pesquisados apresentava algum tipo de dano, que prejudica a utilização pela sociedade (imagem 3).

Assim, o direito ao lazer, igualmente consagrado como um direito social no art. 6º da CF/1988, aqui associado ao processo de socialização, tem seu potencial restringido, seja por condutas de vandalismo contra os espaços de lazer, ou pela falta de investimentos em sua manutenção. Serve assim, mais uma vez, como um fator que segrega a população marginalizada, que não dispõe de aparelhos de lazer públicos adequados

para o seu desenvolvimento cultural, bem como, por sua capacidade socioeconômica prejudicada, tem restrições ao acesso do lazer fornecido pela iniciativa privada.

Os bairros visitados, em especial aqueles localizados no subúrbio, demonstram que os serviços urbanos essenciais para as atividades cotidianas do cidadão ainda estão concentrados no centro da cidade, próximo às classes média e alta, por outro lado o comércio tem se expandido nas regiões periféricas, com a multiplicação de farmácias, mercados e lojas de bairro. Tal configuração urbana exige um esquema de mobilidade adequado, ainda que na cidade de Caruaru só seja necessário 1 ônibus no sentido periferia-centro, a falta de um bilhete único para o percurso entre os bairros mais afastados prejudica a mobilidade dos cidadãos, assim como a existência única do modal rodoviário, que sobrecarrega as vias centrais nos horários de pico.

Desse modo, ainda que os 40% dos entrevistados tenha dado nota máxima ao seu bairro (gráfico 6), a organização urbana visualizada pelo pesquisador fragiliza essa constatação, tendo em vista que os bairros não atendem de forma mínima os direitos fundamentais consagrados no art. 6º da Carta Magna. A percepção de outras questões pelos consultados, como problemas com o abastecimento de água, esgoto, calçamento, iluminação e sensação de insegurança, demonstram que o urbano, no universo pesquisado, não tem exercido seu potencial socializador para os pesquisados, além de evidenciar o tratamento prioritário de determinadas classes sociais, de acordo com o local que ocupam na cidade, realidade que vai ao encontro da Teoria das Zonas Concêntricas, bem como do posicionamento defendido por Raquel Rolnik²².

Em relação à distribuição dos aparelhos urbanos, mobilidade e disponibilização de espaços de lazer, a realidade caruaruense não difere daquela retratada por Ermínia Maricato, com a construção do urbano pautada pelo interesse do mercado imobiliário e da classe dominante, com a concessão de uma melhor qualidade de vida e por conseguinte de

²² ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. São Paulo: Boitempo, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2015.

moradia, apenas para aqueles que conseguem pagar. A estrutura social é reproduzida na construção das cidades, o que vem promovendo o afastamento constante da classe dominante e marginalizada, o tratamento arbitrário promovido pelo Estado também contribui para a vulnerabilização social dos habitantes do subúrbio, atingindo em cheio os indivíduos em formação como as crianças e adolescentes.

Assim, como defendido por David Harvey²³, o acesso ao verdadeiro direito à cidade está vinculado à reivindicação dos direitos negados, de forma coletiva e constante, por parte da população afetada, dessa forma a construção das cidades estará atenta à necessidade dos seus habitantes, aproximando-os e facilitando suas tarefas cotidianas. Os direitos inerentes ao processo de socialização, já mencionados, são essenciais para a formação de uma comunidade crítica, que possa reverter o problema da organização urbana na cidade de Caruaru-PE e na realidade brasileira como um todo, esse é um aspecto fundamental para o exercício do direito à moradia em sua plenitude.

Conclusões

Ao término do estudo, foi construído um panorama acerca da disponibilização dos direitos sociais consagrado no art. 6º da CF/1988, com ênfase na atuação do Estado como garantidor do direito à educação, proteção à família e acesso à moradia, no presente estudo compreendido na sua acepção mais ampla, a partir dos ideais de Lefebvre.

No que tange ao amparo familiar às crianças e adolescentes, ainda que haja um canal comunicacional que facilita a execução da sua tarefa, qual seja, o processo de aprendizagem dos seus filhos, a família encontra problemas na condução da socialização primária dos novos cidadãos. A ausência ou apoio deficitário do poder público cria fatores vulnerabilizantes, tais como a proliferação da violência no âmbito familiar,

²³ HARVEY, David. *Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins fontes - selo Martins, Tradução de Jeferson Camargo. 1ª edição, 3ª Reimpressão, 2014.

maior contato com a realidade criminógena, assim como hipossuficiência econômica, evidenciada pelos relatos de desemprego de familiares por parte dos consultados. Essas circunstâncias podem prejudicar a construção da identidade dos analisados, absorção dos padrões comportamentais aceitos, bem como a adaptação ativa à realidade objetiva que os cerca.

Em relação à educação, ainda que seu acesso seja garantido de forma majoritária, esse direito fundamental encontra importantes restrições, provenientes de uma estrutura escolar inadequada, moldada a partir da falta de manutenção, somada a depredação por parte dos alunos. A aprendizagem também tem seu potencial reduzido, pela violência no âmbito escolar, falta de atividades cooperativas entre alunos e reduzido contato escola-comunidade, elementos que afetam a transmissão do conhecimento cientificamente produzido e os esforços em busca de saídas inovadoras para as necessidades sociais. De forma positiva, a educação tem sua relevância reconhecida pelos alunos e familiares, ainda assim, são necessárias ações enérgicas por parte do poder público, no sentido de assistir a família dos educandos, coordenando suas ações junto a escola, bem como a realização de alterações metodológicas que aproximem os alunos dos dilemas enfrentados por sua sociedade, propiciando uma formação crítica, que gere o crescimento individual e coletivo.

A organização urbana foi o último elemento analisado, onde foram encontradas importantes violações ao direito à moradia, compreendido a partir do direito à cidade. Há de forma evidente, a disponibilização diferenciada de serviços públicos e aparelhos urbanos, de acordo com a localização da moradia na cidade, o que faz com que a população marginalizada, ocupante do subúrbio, tenha que conviver com problemas de abastecimento de água, esgoto estourado ou a céu aberto, ausência de calçamento, iluminação, mobilidade deficitária, além da sensação de insegurança, ocasionada pela conjunção desses fatores, os espaços de lazer públicos também não possuem a qualidade necessária, seja pela depredação ou pela falta de investimentos estatais. Desse modo, na

realidade analisada, o espaço urbano não se mostra adequado, no que diz respeito ao atendimento da população marginalizada, não contribui devidamente para o desenvolvimento das relações sociais, nem para o processo de socialização das crianças e adolescentes.

Portanto, ainda que os direitos sociais do art. 6º da CF/1988 sejam necessários para o processo de socialização, foi evidenciado um quadro de desassistência estatal, que impõe a vulnerabilização social dos pesquisados, prejudicando o desenvolvimento de suas potencialidades e consequente apoderamento ativo da realidade em que estão inseridos.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 8ª edição, 1ª reimpressão, 2017.
- BERGER, L. Peter; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Petrópolis: Vozes, 23ª edição, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 6 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- _____. *Lei n. 8.069*, 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do adolescente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em: 22 de mar. 2020.
- COSTA, Cristina. *Sociologia: Introdução à ciência da sociedade*. São Paulo: Moderna. 4ª edição, 2010.
- DESSEN, M. A.; POLONIA, A. C. *A Família e a Escola como contextos de desenvolvimento humano*, Paidéia, Ribeirão Preto, volume 17, número 36, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305423757003>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança [recurso eletrônico]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1ª edição, 2013.

HARVEY, David. *Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins fontes – selo Martins, Tradução de Jeferson Camargo. 1ª edição, 3ª Reimpressão, 2014.

ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes, 7ª edição, 1985.

LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 5ª edição, 3ª Reimpressão, 2011.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo: Ilegalidade, desigualdade e violência*. São Paulo: HUCITEC, 1995.

_____. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 3ª edição, 1ª reimpressão, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 34ª edição, 2018.

PICHON-RIVIÈRE, Enrique. *O Processo Grupal*. São Paulo: Martins Fontes, 7ª edição, 2005.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. São Paulo: Boitempo, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2015.

SHECAIRA, Sérgio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, p. 127-169, 2014.

Parte VIII

Constitucionalismo, sociedade de informação e direitos fundamentais

Aspectos constitucionais do domínio de marca na internet

*Maria Renata Keithlyn de Gois Cruz*¹
*Alexandre Henrique Tavares Saldanha*²

Introdução

O Registro de marca no Brasil é prática comum há bastante tempo. Consta que em 1887, uma lei já reconhecia a exclusividade do registro de marca, regulamentada em 1923, trazendo garantias expressas a esse uso exclusivo. Contudo, ainda que tal registro represente prática tão comum, não há parâmetros que regem com especificidade a relação entre registro de marca e domínio na internet.

Já o domínio na Internet representa uma prática que se torna fundamental a partir do século XXI, com o amadurecimento das práticas em ambiente digital, e em especial, o comércio eletrônico. Atualmente, se não há registro virtual de uma marca, ela não existe para grande parte da população, no sentido de não ser reconhecida. E para esse mundo digital, não ser reconhecida pelo público navegante, não traz resultados. Neste contexto da sociedade hiperconectada, algumas empresas existem exclusivamente no meio digital, e muitas destas sequer possuem produto como base de negócios, pois representam sistemas que interligam compradores e vendedores, a exemplo das práticas do *peer-to-peer*.

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade de Pernambuco. Pesquisadora na instituição.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco.

É importante lembrar que o registro de Marca e de Domínio de Site na Internet são feitos separadamente, sem nenhuma necessária correlação entre as entidades diferentes competentes para tal. No entanto, é necessário lembrar que quando não há banco de dados correlacionando estes entes competentes, a probabilidade de existirem sites com mesmos nomes de marcas aumenta exponencialmente podendo inferir em problemas jurídicos derivados de práticas empresariais. O ente que organiza e classifica o domínio de sites na internet é o CGI (comitê gestor da Internet), o qual se baseia no princípio de “*First come, First served*”, estabelecendo que:

[...] uma marca que nunca foi registrada, em regra, é uma marca sem proprietário, uma marca livre para ser apropriada por que primeiro a registrar, com a notável exceção direito do usuário anterior³.

Em outras palavras, o primeiro a “chegar” e requisitar o domínio daquele nome para aquele site será o “servido”. Com base neste cenário, a proposta deste trabalho é a de analisar se as regras constitucionais aplicáveis às atividades empresariais, em especial as que envolvem propriedade intelectual e concorrência empresarial estão sendo satisfeitas neste contexto. Além disso, questionar e tentar solucionar questões de como se devem ser interpretadas essas regras, pautadas na historicidade ou no mundo digitalizado. Dessa forma, o método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, e a abordagem será a qualitativa com revisão bibliográfica.

2. Registro de marca

O registro de Marca está inserido no âmbito de regulamentação da chamada propriedade industrial. Desde a época do Império, o Brasil teve regulamentações sobre propriedade das invenções e das marcas de comércio, sendo a primeira delas o Alvará de 1809. Em 1822, o Imperador D. Pedro assinou a primeira patente de invenção para uma máquina de

³ BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre a categoria constitucional da “propriedade das marcas”*, 2005.

descascar café. Contudo, somente em 1923 que o presidente Arthur Bernardes criou a primeira instituição dedicada especificamente ao tema, a Diretoria-Geral da Propriedade Industrial (DGPI).

Este DGPI foi extinto em 1931, com suas atividades absorvidas pelo Departamento Nacional da Indústria, do Ministério do Trabalho e em 1933, foi criado o Departamento Nacional da Propriedade Industrial (DNPI), que agregou novas atividades, como concessão de outros tipos de patentes além da de invenção (era o caso de desenho industrial), repressão à concorrência desleal e execução de convenções internacionais. Com o crescimento econômico da década de 70, novas tecnologias estavam cada vez mais presentes na indústria.

Para dar conta desse novo cenário, o DNPI dá lugar ao novo INPI, criado pela Lei no 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Sua atribuição, mais uma vez, tem o escopo ampliado. A partir dos anos 2000, o poder público lança a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), a partir da qual a propriedade industrial passou a estar formalmente articulada à política industrial. Tornando, assim, esse instituto cada vez mais sistematizado e digital. Todavia, é importante ressaltar quanto à finalidade do Registro de Marca que:

Uma marca tem que servir para distinguir a origem do produto ou serviço assinalado daqueles de fonte diversa. Daí as duas primeiras funções da marca: permitir a identificação da origem e a distinção entre produtos ou serviços. Mas, uma marca é também o instrumento mercadológico ao qual o consumidor associa as qualidades ou defeitos, reais ou ilusórios, dos produtos ou serviços. Daí as duas outras funções da marca: permitir a identificação da qualidade e a propaganda de produtos e serviços.⁴

A Lei de Propriedade Industrial brasileira especifica o que pode ser registrado como marca, estabelecendo que inovações tecnológicas e informáticas não são consideradas exatamente como marcas, o que demonstra ser necessário refletir sobre tecnologias aplicáveis ao domínio

⁴ LEONARDOS, Gustavo. **A Perspectiva dos Usuários dos Serviços do INPI em Relação ao Registro de Marcas sob a Lei 9.279/96**. Disponível em: < http://www.llip.com.br/Content/Files/Artigos/the_perspective_regarding.pdf> Acesso em 20 de abr. 2020.

de sites na internet, pois uma série delas não são contempladas pelas proteções legais, impactando nos investimentos e práticas do comércio eletrônico.

Outro problema que pode surgir em decorrência da falta de interligação entre registro de marca e domínio da internet está no alcance da incidência do artigo 126 da Lei de propriedade industrial, uma vez que sites são reconhecidos por considerável parte da população, porém não possuem marca registrada, em especial empreendimentos empresariais que funcionam pelo aplicativo do Instagram. O artigo diz:

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

§ 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço.

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

E um possível exemplo prático do problema envolvido seria o seguinte:

- a loja A é física, e registrou sua marca no Registro de marcas de sua região;
- a loja B é virtual, atuando por *e-commerce*, tem seu domínio provido pelo CGI e é notoriamente conhecida em sua região;
- ambas as lojas possuem o mesmo nome “XYZ”

Pela regulamentação legal, considerando o que estabelece o artigo 7 da LPI, a primeira a registrar possui o direito a marca, no entanto, como vai se saber quem fez a ação primeiro, visto que os dados do CGI não estão à disposição do INPI. Daí vem o estabelecido no artigo 126 da LPI afirmando que marcas notoriamente reconhecidas, como no caso da loja virtual, gozam de proteção especial, logo, ela teria direito ao registro de marca e sua patente.

Além das diretrizes estabelecidas pela legislação infraconstitucional, é necessário observar quais são as diretrizes de matriz constitucional para a situação. A constituição federal ressalta em seu artigo 5º “[...] XXIX - a lei assegurará (...) proteção 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”. Daí, a norma constitucional exige compromisso geral com a função social da propriedade, dirigindo-se ao legislador a necessidade de estabelecer conteúdo específico para tais fins, o que, de certo, não é tarefa fácil por tratar-se de expressão genérica que cria algo intangível.

Portanto, ainda que haja ainda muito a ser compreendido e amadurecido quanto às exigências constitucionais incidindo sobre normas que regem o direito privado, é possível concluir que pelo fato do registro de marca estar protegido na constituição e pelo fato de qualquer análise sobre propriedade e práticas empresariais deve ocorrer obedecendo diretrizes constitucionais, é preciso haver esforços no sentido de evitar problemas jurídicos que venham a obstar a economia digital e a concorrência empresarial na rede mundial de computadores, evitando uma série de possíveis ilícitos nestas práticas.

3. Evolução do e-commerce

O Comércio eletrônico surge naturalmente das práticas desenvolvidas na rede mundial de computadores, alterando dinâmicas empresariais, criando novos valores e modelos de negócio, interferindo assim diretamente no setor dos empreendimentos econômicos, em especial os de natureza privada.

É importante ressaltar que há modalidades diversas de comércio eletrônico, daí não ser adequado usar tal expressão como sendo algo que representa uma determinada prática empresarial. Existem:

- a) **Peer-to-peer:** Transação entre pessoas, compartilhando normalmente arquivos digitais, sem a necessidade de intermediador. Ex.: comprar música online, ou Bitcoins
- b) **Commerce Mobile:** Transação digital por meio de dispositivos móveis. Ex.: comprar jogos na apple store online
- c) **S- Commerce:** Comércio via Redes Sociais. Ex.: loja de doces do instagram.
- d) **F- Commerce:** Comércio via Facebook. Ex.: lojas de roupas que estão no Facebook.
- e) **T- Commerce:** Comércio por meio de televisão. Ex.: polishop.

Segundo o site E-Bit (2010) foi a partir de 1995 que as primeiras lojas virtuais adentraram nesse mundo. Durante nesse período chamava-se a internet de “Bolha de Oportunidade” por não saber se daria certo ou não. No Brasil o começo do surgimento desse novo tipo de comércio veio começar a ocorrer 5 anos mais tarde que nos EUA, as quais já deslançavam em 1995. Ademais, até hoje o e-commerce não para de crescer.

VENDAS ONLINE NO 1º SEMESTRE
(Em bilhões de reais)



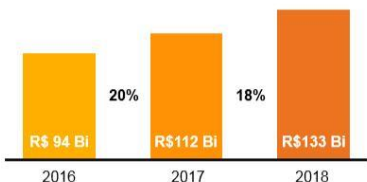
VOLUME DE PEDIDOS NO 1º SEMESTRE
(Em milhões)



Fonte: e-commerce Brasil, 2019

EVOLUÇÃO DO DIGITAL COMMERCE - FATURAMENTO

* Crescimento nominal



O BRASIL É O PAÍS COM MAIOR FATURAMENTO ENTRE OS DA AMÉRICA LATINA

36%
DA POPULAÇÃO É DIGITAL BUYER

Digital Commerce refere-se às vendas B2C e Marketplaces, incluindo Lazer (viagens, passagens aéreas, ingressos) e Marketplaces de produtos novos e usados (Mercado Livre, Enjoei e Elo 7)

Fonte: e-commerce Brasil, 2019

Também é visto que nos últimos anos o consumidor passou a ser mais exigente em relação aos serviços online, requerendo uma série de novidades que representam em geral uma transformação na cultura de consumo. Dentre as novas exigências, podem ser destacadas: Interface com o consumidor: simples, fácil e rápida; Sortimento diferenciado; Reputação de ponta a ponta: um bom pós venda; Multicanais que se completam: serviços online e offline; dentre outras. Havendo mudança na cultura de consumo, mudam-se também práticas de investimentos, considerando proliferação e aumento exponencial de vendas via rede mundial de computadores, e são alteradas também práticas de concorrência desleal, agora no contexto hiperconectado.

4. Práticas irregulares na concorrência empresarial em ambiente digital

A Internet aumenta formas de conexão entre pessoas, e por meio dela informações de diversas naturezas se tornam mais acessíveis ao público em geral em decorrência de sua ampla difusão e alcance. O potencial econômico da rede mundial de computadores começou a ser explorado a partir do final dos anos 1990 e início dos anos 2000, em que surgiram os primeiros sites gerando investimentos e ganhos de capital. Com isto, o setor empresarial viu inúmeras possibilidades de crescimento econômico, inicialmente envolvendo baixo investimento, pouco estoque de bens e sem exigir estabelecimentos físicos. Assim, um ambiente envolvendo menores custos em relação a empregados, energia, luz e necessidades básicas de se manter um negócio aberto, tornou-se ideal para empreendimentos econômicos.

Neste contexto, grandes empresas começaram a criar seus sites na internet, utilizando-se principalmente do domínio identificado por “.com”. Porém, como em qualquer ambiente empresarial, algumas práticas de má-fé começaram a ocorrer em âmbito digital. Uma delas envolve a exploração da necessidade de registrar o domínio da internet de grandes marcas no

comitê gestor da internet, mais especificamente usando de sua já examinada lógica do *First come, First Served*.

Esta prática de “correr” para se apresentar como titular de uma marca gravando seu domínio na internet passou a ser denominada *Typosquatting*, se configurando quando alguém grava um domínio na internet antes do registro de uma marca no intuito de lucrar com a venda desse domínio, ou quando são registrados domínios de marca com erros de grafia mais convencionais para confundir. Este *typosquatting* “is a speculative behavior that leverages Internet naming and governance practices to extract profit from users’ misspellings and typing errors”^{5,6}

Com a intensificação das práticas empresariais em ambiente digital, surgem então uma série de práticas irregulares de concorrência, não apenas a acima mencionada. O *phishing*, por exemplo, é um ataque virtual que usa o email como uma arma. O objetivo é enganar o destinatário a acreditar que a mensagem recebida é algo que a pessoa quer ou necessita, por exemplo, uma mensagem de alguém da empresa em que trabalha. E a partir do clique no link ou no download do anexo o *phishing* é implantado.

Data suggest that some phishing attacks have convinced up to 5% of their recipients to provide sensitive information to spoofed websites [21]. About two million users gave information to spoofed websites resulting in direct losses of \$1.2 billion for U.S. banks and card issuers in 2003^{7,8}.

O que distingue o *phishing* de outras formas de mensagens é o fato dos atacantes se esconderem em entidades reconhecidas de algum modo, para aparentar confiabilidade. Normalmente uma pessoa que parece real, ou uma companhia que provavelmente faria negócios com a pessoa

⁵ SZURDI, Janos. **And others. The Long “Taile” of Typosquatting Domain Names**, 2014. Disponível em: <<https://www.usenix.org/system/files/conference/usenixsecurity14/sec14-paper-szurdi.pdf>> Acesso em: 20 de abr. 2020.

⁶ Typosquatting é um comportamento seletivo o qual alavanca o domínio de sites da internet afim de extrair lucro excessivo dos usuários que cometem erros de grafia ou erros de digitação. (Tradução Livre)

⁷ DHAMIJA, Rachna; TYGAR, J.D; HEARST, Marti. **Why Phishing Works**, 2006. Disponível em:<<file:///C:/Users/renat/Downloads/1124772.1124861.pdf>> Acesso em 20 de abr. 2020.

⁸ Dados sugerem que os ataques de *Phishing* convencem 5% dos destinatários os quais dão informações sensíveis e pessoais para esses websites. Quase 2 milhões de usuários fornecem informações a esses websites ocasionando uma perda de \$1.2 bilhões de dólares para bancos americanos e companhias de cartão de crédito. (Tradução Livre)

confiável. É um dos mais antigos tipos de *cyberataque*, datando desde os anos 1990, e ainda é um dos mais utilizados, a partir de técnicas que o tornaram cada vez mais sofisticado.

Simple and inexpensive domain registration motivates speculators to register domain names in bulk to profit from display advertisements, to redirect traffic to third party pages, to deploy phishing sites, or to serve malware⁹.¹⁰

O *pharming* representa uma ameaça digital às práticas empresariais. Nela ocorre manipulação do tráfego na internet. Os atacantes que se utilizam da prática do *Pharming* tentam enganar seus alvos objetivando alcançar informações pessoais, sendo tão sorrateiro que muitas vítimas não sabem que foram enganadas até que o prejuízo tenha ocorrido e se seja consideravelmente grave.

Nos Estados Unidos da América, os criminosos que cometem os dois delitos citados anteriormente são chamados de “*identity thief/thieves*”¹¹ por utilizarem do meio digital objetivando o acúmulo de informações pessoais do alvo para poderem sacarem dinheiro em bancos, utilizares cartão de créditos e cometerem entre outras fraudes e delitos. O site Phishing Box colocou os fatos mais alarmantes sobre o phishing e seus dados em uma tabela:

33% of breaches included social attacks	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2019
65% of attacker groups used spear phishing as the primary infection vector	Symantec Internet Security Threat Report (ISTR) 2019
29% of breaches involved use of stolen credentials	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2019
48% of malicious email attachments are Office files	Symantec Internet Security Threat Report (ISTR) 2019
94% of malware was delivered via email	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2019
32% of breaches involve phishing	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2019

⁹ SZURDI, Janos. **And others. The Long “Taile” of Typosquatting Domain Names**, 2014. Disponível em: < <https://www.usenix.org/system/files/conference/usenixsecurity14/sec14-paper-szurdi.pdf>> Acesso em: 20 de abr. 2020.

¹⁰ O registro de domínio de sites na internet por ser simples e barato motiva os especuladores a registrar esses nomes nos domínios objetivando o lucro através de propagandas, de redirecionamento de tráfego para páginas de terceiros, através de sites que implantam *phishing*, ou aqueles que são malwares. (Tradução Livre)

¹¹ Ladrões de identidade (Tradução Livre)

64% of organizations have experienced a phishing attack in the past year	Check Point Research Security Report 2018
22% of organizations see phishing as their greatest security threat	EY Global Information Security Survey 2018
77% of IT professionals feel their security teams are unprepared for today's cybersecurity challenges	Check Point Research Security Report 2018
59% of phishing attacks in the Americas relate to finance	NTT Security Global Threat Intelligence Report 2018
70% of breaches associated with a nation-state or state-affiliated actors involved phishing	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2018
64% of organizations have experienced a phishing attack in the past year	Check Point Research Security Report - 2018
Finance faced 59% of phishing attacks in the Americas.	NTT Security - Global Threat Intelligence Report 2018
74% of cyber-espionage actions within the public sector involved phishing	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2018
82% of manufacturers have experienced a phishing attack in the past year	Check Point Research Security Report 2018
17% of breaches were social attacks	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2018
90% of incidences and breaches included a phishing element	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2017
In 2016, 89% of all attacks involve financial or espionage motivations.	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2016
70% of cyber attacks use a combination of phishing and hacking.	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2016
63% of confirmed data breaches involved weak, default or stolen passwords.	Verizon Data Breach Investigations Report (DBIR) 2016
Email phishing rate is 1 in 1,846.	Symantec Internet Security Threat Report 2016

Há, para combater esta prática digital ilícita, regulamentação legal trazida pela lei 12.737/2012 (chamada lei Carolina Dickman), estabelecendo que:

Art. 154-A: Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput .

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Sob perspectiva constitucional, há previsão no artigo 5º afirmando a inviolabilidade do sigilo que protege comunicações pessoais:

Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, fica demonstrado que os delitos digitais que interferem na concorrência empresarial em tempos de comércio eletrônico são condutas de alta reprovação jurídica por violarem tipos penais e desrespeitarem diretrizes constitucionais fundamentais, merecendo tratamento legal e tutela jurisdicional adequada e de extrema importância, considerando o contexto sociocultural da sociedade hiperconectada. A manutenção destas práticas podem, talvez, interessar a estratégias de recolhimento de informações, mas deve ser eficazmente combatida, considerando os direitos constitucionais e privados que estão em risco de serem lesados.

Considerações finais

Fenômenos jurídicos fazem parte do tecido social, numa dinâmica de interferência recíproca entre comportamentos sociais e normas jurídicas. Da mesma forma como o direito é fruto da sociedade, sendo um dos mais importantes instrumentos que caracterizam uma estrutura civilizada, e assim está condicionado às dinâmicas que caracterizam a vida social, o sistema jurídico também condiciona comportamentos ao momento em que cria parâmetros de conduta reconhecendo licitudes ou ilicitudes de determinadas práticas. Como parte da estrutura social, as normas jurídicas devem acompanhar as transformações socioculturais que fazem surgir novos padrões de comportamento, novas exigências sociais e assim novos problemas e desafios à infraestrutura normativa da sociedade.

Não seria diferente com a cibercultura decorrente do amadurecimento do papel que a rede mundial de computadores e seus impactos no sistema jurídico, fazendo surgir inúmeros novos paradigmas de compreensão das normas jurídicas bem como inúmeros novos problemas que carecem de tutela normativa e jurisdicional. Fez parte do objetivo deste trabalho analisar e discutir como determinadas práticas que surgiram com o comércio realizado por meio da internet recebem tratamento tanto constitucional quanto infraconstitucional. Nestes idos de segunda década do século XXI, com amplo uso de redes sociais e diversas práticas sociais pela rede, os crimes cibernéticos se alastraram incalculavelmente e práticas como Typosquartting, Phishing, ataques de Malware, Ransomwares, Pharming dentre outras, tornaram-se, infelizmente, problemas comuns nas dinâmicas cotidianas comuns e empresariais.

Neste contexto de hiperconexão, economia digital, consumo em rede de computadores e ataques à livre concorrência e boa-fé nos empreendimentos, surge a necessidade de proteção integrada tanto do registro de Marca quanto do domínio de sites na Internet, haja vista a correlação intrínseca atualmente entre o espaço físico e virtual de um negócio, bem como considerando os problemas que surgem com a ausência de controle integrado, como visto no texto, o que termina

violando normas jurídicas comuns e normas constitucionais. É necessário e adequado que comportamentos humanos e padrões jurídicos se atualizem em busca de compatibilidade frente a novos elementos sociais, que geram novos questionamentos e novas necessidades. Tudo isto no ambiente das inovações tecnológicas e dos novos modelos de coesão social.

Referências

ALCÂNTARA, Fabrícia. **A proteção das marcas no Direito Brasileiro**, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/7533/6641> Acesso em: 22 de abr. 2020.

BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre a categoria constitucional da “propriedade das marcas”**, 2005. Disponível no website do autor.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro, Editora: Jorge Zahar Editora Ltda, 2001.

DHAMIIJA, Rachna; TYGAR, J.D; HEARST, Marti. **Why Phishing Works**, 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/renat/Downloads/1124772.1124861.pdf> Acesso em 20 de abr. 2020.

E-commerce Brasil. **E-commerce cresce 12% no primeiro semestre de 2019**, segundo 40º Webshoppers, 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-cresce-12-por-cento-webshoppers-i-e-commerce-brasil/> Acesso em: 22 de abr. 2020.

LEONARDOS, Gustavo. **A Perspectiva dos Usuários dos Serviços do INPI em Relação ao Registro de Marcas sob a Lei 9.279/96**. Disponível em: http://www.llip.com.br/Content/Files/Artigos/the_perspective_regarding.pdf Acesso em 20 de abr. 2020.

SZURDI, Janos. **And others. The Long “Taile” of Typosquatting Domain Names**, 2014. Disponível em: <https://www.usenix.org/system/files/conference/usenixsecurity14/sec14-paper-szurdi.pdf> Acesso em: 20 de abr. 2020.

O enfraquecimento do estado social diante do artigo 790-b trazido pela Lei nº 13.467 de 2017

Ana Helena Masid Gonçalves

Fábio Túlio Barroso

Introdução

O Estado Social foi alcançado após o colapso do Estado Liberal, o qual foi marcado por um cenário de exploração do trabalhador pela classe burguesa, detentora do capital, que pregava a igualdade formal, colocando todos os indivíduos em um patamar de submissão à lei. Entretanto, apenas desigualava cada vez mais as classes, gerando conflitos sociais.¹

Durante o Estado Liberal, surgiu um intenso clamor da sociedade pela busca da igualdade e amparo às pessoas mais vulneráveis, que viviam às margens da sociedade, que eram os trabalhadores, em sua maioria exerciam seu labor em condições muito precárias. Surgindo, assim, o Estado Social.²

Ocorre que, apesar de diversos avanços sociais já alcançados, o Estado Social está enfrentando um cenário de ameaças e adaptações, resultado de políticas econômicas ultraliberaís, as quais buscam retirar o intervencionismo estatal sobre as relações trabalhistas, fomentando a autonomia privada.

¹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.119.

A Reforma Trabalhista³ deturpou o “social” e retirou uma parcela do poder protecionista do Estado, facilitando cenários de exploração e retrocesso social, bem como vulnerabilizando ainda mais a figura hipossuficiente da relação laboral, o trabalhador.

O texto do artigo 790-B da CLT⁴ limitou o direito ao acesso à justiça, uma vez que desconsidera o instituto do benefício da justiça gratuita como integral, estipulando condições para algo que já é direito do trabalhador. A partir dessa perspectiva, cabe analisar os motivos pelos quais o mencionado artigo viola a Constituição da República de 1988 e enfraquece o Estado Social.

1. A evolução do estado liberal para o estado social

O Estado Liberal tornou-se evidente após a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, a qual trouxe o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, inspirada nos ideais liberais de John Locke, o qual acreditava que os indivíduos já nasciam com o direito à vida, à liberdade e à propriedade privada.⁵

A Revolução Francesa foi marcada pela insatisfação da burguesia capitalista, que era a classe dominada e discriminada, em face do Estado Monárquico autoritário e a nobreza, representada pelos senhores feudais, que exerciam um rígido controle social e econômico na sociedade, impondo o máximo de intervencionismo estatal.⁶

A classe burguesa lutava pela liberdade individual, visando a expansão de seus empreendimentos e obtenção do lucro, bem como pelo fim das discriminações e desigualdades jurídicas em relação aos aristocratas. Além disso, um ponto importante e curioso na Revolução

³ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm > Acessado em 28/03/2020.

⁴ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

⁶ LEFEBVRE, G. 1789: *O Surgimento da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

Francesa foi o ideal de fraternidade, marcado pela busca da burguesia em se unir com os camponeses, classe social que estaria na base da pirâmide da sociedade francesa do século XVIII.⁷

Assim, diante do cenário de insatisfação da burguesia e revolução, eclode a relativização da soberania do monarca, surgindo a primeira Constituição escrita na Europa, como forma de submeter não apenas o povo, mas também o governante, separando os poderes e atribuindo direitos aos cidadãos. Nesse momento, surge o Estado Liberal de Direito.

O Estado Liberal de Direito defendia, principalmente, o liberalismo econômico e a mínima intervenção estatal na economia, alegando que o mercado poderia se auto-regular, bem como a submissão de todos perante a lei, até mesmo o governante. Além disso, surge a ideia de separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.⁸

A teoria tripartida dos poderes, trazida por Locke, versava sobre a existência de três poderes utilizados para governar o Estado: Poder Legislativo, o qual se assemelha ao Parlamento, como um poder superior; o Poder Executivo, o qual cabia cuidar da efetivação, aplicação e cumprimento das leis; e, por fim, o Poder Federativo, o qual exercia a função de administrar as relações internacionais do governo, bem como estaria vinculado ao Poder Executivo.⁹

Locke coloca o Poder Legislativo em um nível de superioridade em relação aos demais poderes, tendo em vista que considerava que definir as leis era uma atividade superior ao poder dos que apenas as executavam. Além disso, entrega nas mãos do monarca soberano o Poder Executivo e o Poder Federativo, visto que ambos exigem o controle sobre a força armada.¹⁰

Insta salientar, ainda, que não obstante a superioridade do Poder Legislativo, Locke menciona um Poder que emanaria do povo, caso esse

⁷ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993.

⁸ CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1949, p.95.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

¹⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p.171.

Poder não respeitasse os limites de duração ou se perdessem a autoridade pelas faltas cometidas. Isso implica na reflexão de que até mesmo o poder supremo emana do poder dado pelo povo, nos remetendo ao princípio da democracia, o qual “todo poder emana do povo”.

Já o filósofo iluminista Montesquieu trouxe a ideia de três poderes, usados até hoje, sendo chamados de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Isso implicaria em um controle e limitação de cada poder por outro poder, dividindo-se em funções específicas, atribuídas a órgãos independentes. Dessa forma, Montesquieu alertou para o perigo de concentrar o poder em um só órgão.¹¹

O Poder Legislativo, encontrado em um nível mais privilegiado, comportava a função de legislar, além de editar normas gerais e abstratas em nome do povo. Enquanto, o Poder Executivo tinha a função de administrar o Estado e de executar as questões relativas à esfera pública. Já o Poder Judiciário deveria aplicar as leis em caso de conflito.¹²

Pode-se dizer que a partir da obra “O Espírito das Leis” do filósofo Montesquieu, os Estados passaram a adotar a separação dos poderes, baseado na teoria tripartite, como forma de garantir as liberdades individuais, especialmente em países democráticos.

Assim, diante do cenário de descentralização do poder, marcado pela separação dos poderes, ocorreu a diminuição do absolutismo dos governos, propiciando uma transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

Diante desse cenário, o Estado Liberal cria os direitos de primeira geração, que advém da própria condição do ser humano, o qual exigem do Estado um comportamento negativo em face dos oprimidos, ou seja, uma omissão estatal em não intervir na esfera individual dos indivíduos pertencentes ao Estado, que agora passariam a ser chamados de cidadãos, detentores de direitos tutelados pelo Estado.¹³

¹¹ MONTESQUIEU, C.S. *O Espírito das Leis*. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹² MONTESQUIEU, C.S. *O Espírito das Leis*. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005

¹³ SUNDEL, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

Os burgueses do Estado Liberal criam, então, um único ordenamento jurídico, defendendo a igualdade formal, no qual todos seriam iguais perante a lei, aplicando-se a todos os grupos sociais, sem distinção, não admitindo privilégios extras para classes menos favorecidas.

Ocorre que essa igualdade formal e o não intervencionismo estatal em relação às questões sociais apenas beneficiaram a classe burguesa, intensificando a miséria presente na classe social menos privilegiada, os camponeses trabalhadores.

A marcante desigualdade social e exploração da força de trabalho, marcada pela Revolução Industrial, levou à um cenário de miserabilidade para os trabalhadores e exaustão, onde muitos trabalhavam mais de 12 horas sem descanso, não se falava em direitos aos trabalhadores.¹⁴

Os trabalhadores insatisfeitos com sua nítida exploração começaram a se organizar com o objetivo de romper o modelo de trabalho marcado pela exploração, o que culminou com a Revolução Russa de 1917, surgindo um possível colapso do Estado Liberal, devido a grande adesão de operários.

A burguesia, por sua vez, sentindo-se ameaçada com os ideais revolucionários, tomou providências para que os revolucionários abaixassem os ânimos, surgindo, assim, o Estado Social, marcado pela intervenção do Estado na economia, realização da justiça social e aplicação da igualdade material, a qual garante aos mais fracos um tratamento especial para que consigam se aproximar aos mais fortes.¹⁵

É oportuno destacar, ainda, que o Estado Liberal contribuiu para alcançarmos um Estado Social Democrático de Direito, conforme leciona o filósofo Norberto Bobbio:

[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder

¹⁴ HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4^o ed. 7^o tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo.

democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos.¹⁶

Paulo Bonavides, em sua obra “Do Estado Liberal ao Estado Social”, conceitua o Estado Social como um Estado:

que intervém na economia como distribuidor, dita o salário, que manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual.¹⁷

É oportuno destacar, ainda, que o Estado Social e o Estado Liberal de Direito possuem semelhanças visíveis, uma vez que preconiza o respeito aos direitos individuais, em especial o direito à liberdade.¹⁸

Diante desse cenário, surge os “direitos de segunda geração”, situados no plano do “ser”, com o objetivo de melhorar as condições de trabalho e vida das pessoas, exigindo maior intervenção do Estado, em uma atuação positiva, garantindo direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia, ou seja, o mínimo de bem-estar social.

¹⁶ BOBBIO, Norberto (1955). *Política e cultura*. Turin: Einaudi. 2006, p.34

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013, p. 186.

¹⁸ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977, pág. 74.

No Brasil, a primeira constituição a apresentar os direitos sociais ocorreu sob o governo de Getúlio Vargas, no ano de 1934, a qual consagrou os direitos trabalhistas.

Ocorre que apesar de o Estado Social garantir direitos aos menos favorecidos e aos trabalhadores, ainda apresenta falhas a serem sanadas, como garantir a justiça social e a efetiva participação do povo na política, pois não atendia aos anseios democráticos. Então, surge o Estado Democrático de Direito.¹⁹

2. A luta pelos direitos dos trabalhadores no Brasil

Inicialmente, é oportuno reiterar que a figura do trabalhador sempre foi explorada, por diversas vezes com remunerações desumanas, a fim de beneficiar uma minoria privilegiada, contribuindo para a continuidade do sistema de classes, o qual alguns dominam e outros são dominados.

Em uma análise histórica, é possível dizer que as reflexões sobre a necessidade do direito do trabalho, no Brasil, surgiu após o fim da escravidão, o qual lançou às margens da sociedade, milhares de pessoas que não haviam outra opção se não aceitar trabalhos em condições desumanas para receberem salários inadmissíveis, pois não haviam formação ou experiência para possibilitar uma inserção no mercado de trabalho.

Em contrapartida, a Europa estava vivenciando todas as consequências da Revolução Industrial, na medida em que a máquina substituía o homem e gerava números catastróficos de desempregados. E, evidentemente, como consequência, aumentava a insatisfação da classe trabalhadora.²⁰

O cenário encontrado na Europa do século XVIII era de condições precárias para os trabalhadores, os quais recebiam salários abaixo do que necessitavam para sobreviver, trabalhavam jornadas entre 12 a 16 horas

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

²⁰ HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

diárias, sem o mínimo controle ou punição aos empregadores, bem como trabalhavam em ambientes insalubres, escuros e sem utilização de equipamentos de proteção.²¹

Assim, diante do cenário de insatisfação da classe operária, surgiram revoltas sociais e greves dos trabalhadores, com o intuito de lutar por direitos trabalhistas, como condições mínimas de trabalho, redução e padronização da jornada de trabalho e salários mais dignos.²²

Os direitos trabalhistas são resultados de uma longa jornada de luta dos trabalhadores, desde a abolição da escravatura. Apenas em 1891, através do Decreto nº 1.313, houve a regulamentação do trabalho de menores de idade. Entre os anos de 1903 e 1907, ocorreu a regulamentação da sindicalização tanto rural, quanto das demais profissões. Além disso, ocorreram outros passos importantes para o reconhecimento da necessidade de garantir direitos aos trabalhadores, como o surgimento do Conselho Nacional do Trabalho, em 1923.

Entretanto, apenas com a ascensão ao poder de Getúlio Vargas, em 1930, a Justiça do Trabalho e a proteção dos direitos dos trabalhadores tiveram maior notoriedade, sendo rapidamente notado através do Decreto nº 19.433, criado em 26 de novembro de 1930, o qual determinou a criação do Ministério do Trabalho. Além disso, Vargas ainda instituiu as Comissões Mistas de Conciliação para os conflitos coletivos e as Juntas de Conciliação e Julgamento para os conflitos individuais.

Durante o Governo Constitucional de Vargas, marcado pela Constituição de 1934, houve a previsão constitucional da Justiça do Trabalho, a qual tinha a função de solucionar conflitos entre empregadores e empregados. Além disso, a Constituição de 1934 instituiu um rol de direitos aos trabalhadores.²³

²¹ SILVA, José Felipe Rangel da. *A Revolução Industrial e a origem do Direito do Trabalho*. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51936/a-revolucao-industrial-e-a-origem-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 30 mar. 2020.

²² SILVA, José Felipe Rangel da. *A Revolução Industrial e a origem do Direito do Trabalho*. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51936/a-revolucao-industrial-e-a-origem-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 30 mar. 2020.

²³ GALVÃO, Paulo Braga. *Os Direitos Sociais nas Constituições*. São Paulo: LTr, 1981.

A Consolidação das Leis do Trabalho, sancionada pelo ex-Presidente Getúlio Vargas, foi criada em 1º de maio de 1943 e surgiu para unificar a legislação trabalhista em todo território brasileiro, resultado de rígidas reivindicações dos setores progressistas da sociedade brasileira e das organizações de trabalhadores.²⁴

As demais Constituições, que sucederam à Era Vargas, também apresentaram avanços sociais no âmbito do direito do trabalho, mas sem dúvidas a Constituição da República de 1988 trouxe um aspecto muito mais social e menos liberal, o que impactou diretamente no Direito do Trabalho.

A nova Carta Magna surge em um cenário conturbado, marcado pelo fim da ditadura militar, gerando um sentimento nacional de sede pela democracia, por avanços significativos no âmbito social, proteção contra governantes autoritários, bem como anseios pela proteção ao trabalhador, figura hipossuficiente da relação laboral. Assim, surge a chamada “Constituição Cidadã”, a qual teve intensa influência popular perante os legisladores.

O trabalho, após a Constituição da República de 1988, passou a ser visto como um instrumento de dignificar o homem, ao passo em que deixou de ser considerado como uma posição de sofrimento e exploração para uma visão social, a qual o homem contribui para a sociedade através do seu trabalho, enquanto o trabalho está assegurado como direito de segunda dimensão, previsto no art. 1º, IV, art. 5º, XIII, e 6º da Constituição da República de 1988²⁵.

²⁴ Schawrcz, Lília M. e Starling, Heloisa M. *Brasil: Uma Biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 322. p. 362.

²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

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

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Diante do exposto, é possível perceber que o Direito do Trabalho surge como um instrumento importante de garantir a igualdade material, funcionando como uma proteção ao trabalhador, que é a figura hipossuficiente da relação de labor. Isso pode ser notado através dos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Segundo Fábio Túlio Barroso:

No que diz respeito ao ramo justralhista, apesar das suas origens estarem indiscutivelmente ligadas à sobrevivência do próprio sistema capitalista, não há dúvidas de que o seu desenvolvimento e expansão ao longo dos anos, viabilizados pela atuação, ainda que meramente reativa, do tripé: trabalhador, sindicato e Justiça do Trabalho, tornaram o Direito do Trabalho, muito além de um instrumento do poder, um contrapoder em si mesmo²⁶.

Cabe destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República de 1988, no artigo 1º, inciso III. Tal princípio abre caminho para uma discussão sem fim, pois o que exatamente seria digno ou indigno? Diante de um mundo marcado pelas incertezas e pelo valor econômico vencendo à vida humana, é perceptível o motivo pelo qual cabe imensos debates. Assim, de maneira simples e didática, leciona o jurista Marçal Justen Filho:

[...] o ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificada em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada. Ressalta, ainda, que o fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias. Não há valor que possa equiparar-

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁶ BARROSO, Fábio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIBEIRO, Ailana. “A “reforma trabalhista” e a desnaturação do Direito do Trabalho. Revista trabalhista: direito e processo / Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) 2017, p.55.

se ou sobrepor-se à pessoa humana, que é reconhecida como integridade, abrangendo aspectos físicos como também seus aspectos imateriais”²⁷.

É válido expor ainda o entendimento da jurista Gabriela Delgado, o qual dispõe que “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva”.²⁸

Não é concebível falar em princípios do Direito do Trabalho sem mencionar o tão consagrado Princípio da Proteção, o qual considera o empregador como a classe dominante e poderosa, defendendo a proteção do empregado, figura hipossuficiente da relação laboral, através do escopo jurídico. Assim, esse princípio é um instrumento de efetivação da igualdade material prevista na nossa Constituição da República, através do Princípio da Isonomia²⁹.

Através deste princípio, o Estado intervém em benefício do trabalhador para afastar a exploração pelo empregador, garantindo uma proteção ao empregado.

Segundo Arnaldo Sussekind:

O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas, e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho³⁰.

Diante do exposto, é perceptível que os direitos trabalhistas são frutos de uma intensa luta no âmbito jurídico, econômico e social, a fim de

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n° 26, 1999, p. 125

²⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 207.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

³⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988*, Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 8, n. 8, 2000.

possibilitar a efetivação da igualdade formal, garantindo uma proteção ao sujeito mais vulnerável na relação laboral.

3. A ameaça ao estado social com o advento da reforma trabalhista

De início, é oportuno dizer que o Direito do Trabalho relaciona-se ao Estado Social, visto que há uma nítida intervenção estatal nas relações trabalhistas, a qual garante ao Estado o poder e dever de regulamentar tais relações, fiscalizar e até mesmo punir eventuais atitudes em desacordo às leis trabalhistas.

É cediço que a Justiça do Trabalho surgiu como um instrumento de equilíbrio entre os sujeitos da relação de trabalho, tendo em vista que, historicamente, como já foi dito, teve sua trajetória marcada pela exploração, condições incompatíveis com a dignidade humana e o sofrimento.³¹

Ocorre que, sob a prerrogativa de que a intervenção estatal contribui diretamente para os elevados índices de desemprego no país, a classe patronal clamou por flexibilização das relações de trabalho, usando-se da justificativa de que as leis trabalhistas dificultam a autonomia privada nas relações laborais, entregando nas mãos do Estado o poder de ditar as tratativas contratuais entre empregador e empregado, gerando encargos trabalhistas altos, bem como limitando o poder de o empregador escolher como será as condições do trabalho ofertado.

É válido salientar que a autonomia privada ao empregador e empregado em negociar acarreta em uma negociação notoriamente desleal, uma vez que o trabalhador precisa manter seu emprego e poderá vir a renunciar seus direitos em prol de permanecer empregado. Assim, é necessário uma limitação legal à liberdade de negociar para que a classe trabalhadora não tenha diversos prejuízos e direitos violados.

³¹ NUNES, Izabela dos Santos; SOUZA, Amanda Soares de Oliveira. *Justiça do Trabalho no Brasil: antecedentes históricos*. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68937/justica-do-trabalho-no-brasil-antecedentes-historicos/1>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Essa liberdade nos remete ao Estado Liberal, o qual existia uma mínima intervenção estatal, beneficiando apenas a burguesia³², concedendo a autonomia privada para o trabalhador e empregador estabelecerem as condições do labor. Isso levou ao cenário de exploração do empregado, o qual se sujeitava a condições desumanas sob a ameaça velada de perder seu trabalho, ou seja, sua única fonte de sustento, gerando a miserabilidade da classe trabalhadora.

Diante do clamor econômico pela flexibilização das leis trabalhistas, surge a Reforma Trabalhista, trazida pela lei nº 13.467 de 2017, a qual tem como ideia fragilizar os trabalhadores, limitando a intervenção estatal e garantindo maior autonomia privada, o que deturpa o “social” pregado pela nossa Constituição Cidadã.

De acordo com Fábio Túlio Barroso:

A possibilidade de uso da autonomia da vontade nos contratos de trabalho é a própria descaracterização do conteúdo fundamental mínimo e de dignidade designado no próprio constitucionalismo social e na nossa Constituição, seja no seu art. 1º, ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, como o teor do art. 3º, quando determina em seus incisos os objetivos fundamentais da República, sendo objeto de pleno rechaço em controle difuso ou direto de constitucionalidade qualquer possibilidade de uso deste instrumento de imposição da força econômica sobre o hipossuficiente, pois impõe uma assimetria ainda maior no ambiente de trabalho, extrapolando qualquer limite de razoabilidade e afrontando a estes elementos de constitucionalidade³³.

A Reforma Trabalhista atacou, principalmente, o Princípio de Proteção ao Trabalhador, uma vez que retirou direitos e ampliou os benefícios para o empregador. Assim, a lei nº 13.467 ameaça o Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que prega maior liberdade

³² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

³³ BARROSO, Fábio Túlio. *Potencialização da autonomia da vontade individual na Reforma trabalhista: Restrições estruturais e constitucionais*. 2017.

aos sujeitos da relação de trabalho, ampliando a autonomia privada e retirando o viés protecionista e garantidor de direitos do Estado.³⁴

Diante de diversas mudanças normativas trazidas pelo novo texto legal, sem dúvidas, merece destaque a ameaça ao direito de acesso à justiça.

4. O direito do benefício da justiça gratuita ameaçado pelo ART. 790-b da CLT

É oportuno destacar, ainda, que a Reforma Trabalhista também serviu para limitar o acesso do empregado à Justiça do Trabalho, uma vez que impôs modificações no instituto do benefício da justiça gratuita, sob a prerrogativa de barrar aventuras jurídicas processuais, que causam despesas desordenadas para o Estado. Isso gerou uma recoada por parte dos empregados, pois ficam receosos de serem condenados em sucumbência.

O legislador, assim, pensou em limitar o empregado que buscava a Justiça para se beneficiar de má-fé. Entretanto, a legislação ordinária impediu também que o trabalhador de boa-fé, que não tem como arcar com as despesas processuais, tenha seu direito de acesso à justiça garantido.

Sem dúvidas, um dos temas mais debatidos acerca da Reforma Trabalhista refere-se ao texto disposto no art. 790-B da CLT, “caput”³⁵, o qual atribui a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais para a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita.

³⁴ RAMOS, Richard. *O princípio protetivo e a reforma trabalhista*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/0-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 30 mar. 2020.

³⁵ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

No parágrafo 4º do artigo 790-B³⁶, o legislador buscou minimizar os impactos do dispositivo previsto no “caput”, para isso determinou que o beneficiário da Justiça gratuita apenas responderá se não obtiver em juízo créditos capazes de suportar as despesas do processo.

É evidente que esse dispositivo da Reforma Trabalhista está em total desacordo com a Constituição da República de 1988, conforme leciona Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

A análise desse preceito, segundo já explicitado, evidencia o seu manifesto despreço ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF) e, por decorrência, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Se não bastasse, desconsidera as proteções e prioridades que o ordenamento jurídico confere às verbas de natureza trabalhista, por sua natureza alimentar, submetendo-as a outros créditos emergentes do processo³⁷.

O artigo 790-B ainda viola o artigo 8º³⁸ da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), os quais reconhece o direito de todo ser humano receber amparo dos tribunais nacionais acerca de atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou lei, bem como viola o artigo 10º³⁹ do mesmo tratado internacional com caráter supralegal, o qual determina o direito do ser humano de acesso à audiência justa e pública para decidir sobre seus direitos e deveres.⁴⁰

³⁶ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

³⁷ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017, p.327.

³⁸ Artigo 8º: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

³⁹ Artigo 10º: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

⁴⁰ SOUZA, Vanessa de. **O Refreamento da Gratuidade da Justiça na Reforma Trabalhista: Análise Sob à Luz da Constituição Federal de 1988**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-refreamento-da-gratuidade-da-justica-na-reforma-trabalhista-analise-sob-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

A gratuidade da justiça é uma garantia constitucional, a qual assegura aos hipossuficientes a prestação de assistência judiciária integral e gratuita. Assim, na Justiça do Trabalho, pode ser compreendida como a isenção de custas processuais a todos aqueles que demonstrem sua condição de hipossuficiência financeira, ou seja, as pessoas que recebam remuneração igual ou inferior a 40% do limite máximo dos Benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

É nítido como esse dispositivo é um mecanismo de silenciar os trabalhadores que sofrem com situações exploratórias e condições precárias oferecidas pelo empregador, uma vez que intimida o trabalhador para não buscar a tutela jurisdicional, tendo em vista que pode ser condenado em sucumbência.

É cabível realizar uma breve comparação com o Processo Civil, uma vez que o beneficiário da Justiça gratuita é totalmente isento de arcar com honorários advocatícios e periciais, através do art. 98 do CPC⁴¹. Assim, a Reforma Trabalhista desvirtuou o princípio de Proteção ao Trabalhador da Justiça do Trabalho, uma vez que a Justiça Comum garante mais proteção à parte hipossuficiente do que a própria Justiça do Trabalho.

Diante do exposto, é perceptível que o artigo estudado fere profundamente o Princípio da Isonomia previsto na nossa Constituição Cidadã, ou seja, não contribui para a Igualdade Material, que é a busca pela igualdade mais justa, tratar de forma desigual aquelas pessoas que necessitam de um tratamento diferenciado por estar em condições desiguais. Logo, coloca o Estado Social em ameaça, uma vez que um dos pilares é a busca pela igualdade material, o qual o Estado tem o dever de proteger os menos privilegiados.

O artigo 790-B nos remete à uma Igualdade formal, típico de um cenário já estudado no Estado Liberal, o qual o Estado retira o próprio poder de intervir, buscando a submissão de todos perante a lei, não aceitando qualquer discriminação. Todavia, um Estado Liberal apenas

⁴¹ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

beneficia os detentores do capital, marginalizando e colocando em uma condição de miserabilidade a classe social menos favorecida.

Além disso, o artigo 790-B é uma grave limitação ao direito do trabalhador de acesso à justiça, o que fortifica a classe patronal, gerando um intenso sentimento de vulnerabilidade do trabalhador e impunidade às práticas exploratórias.

Conclusões

Diante do exposto, é notório que o Direito do Trabalho é fruto de uma luta histórica, marcada por um cenário de exploração e miserabilidade, sendo apenas garantido os direitos a esses trabalhadores após o advento do Estado Social e colapso do Estado Liberal.

Assim, é perceptível que a Reforma Trabalhista, trazida pela lei nº 13.467 de 2017, fomentou a autonomia privada, retirando direitos conquistados pelos trabalhadores, flexibilizando as relações laborais, ameaçando o Estado Social e afrontando a Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o artigo 790-B limitou o direito de acesso à justiça, desconsiderando a Igualdade Material, pregada no Princípio da Isonomia, deturpando o “social”, gerando uma falsa impressão de igualdade, a qual não considera a desigual distribuição da renda no nosso país. Logo, sem dúvidas, é uma ameaça aos avanços sociais alcançados durante anos na luta por direitos aos trabalhadores e dignificação do trabalho.

Por fim, cabe esclarecer que o presente artigo trouxe a visão acerca de como a Reforma Trabalhista, em especial o art. 790-B da CLT, enfraqueceu o Estado Social, a partir da análise histórica e jurídica.

Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1993.

BARROSO, Fábio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIBEIRO, Ailana. “A “reforma trabalhista” e a desnaturação do Direito do Trabalho. Revista trabalhista: direito e processo / Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) 2017

BARROSO, Fábio Túlio. **Potencialização da autonomia da vontade individual na Reforma trabalhista: Restrições estruturais e constitucionais.** 2017.

BOBBIO, Norberto (1955). **Política e cultura.** Turin: Einaudi. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 2013.

BRASIL. DECRETO-LEI N. 5.452/1943. Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/Del5452.html. Acesso em: 28 de março de 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de março de 2020.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado.** 3.ed. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1949.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei nº 13.467/2017.** São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno.** São Paulo: LTr, 2006.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm
Acessado em 28/03/2020.

GALVÃO, Paulo Braga. **Os Direitos Sociais nas Constituições.** São Paulo: LTr, 1981.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público.** Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções 1789-1848.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n° 26, 1999.

LEFEBVRE, G. **1789: O Surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ, José Luiz Monereo; BARROSO, Fabio Tulio; LAS HERAS, Horácio. LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL EMPRESARIO COMO DEBILITAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL. In: PÉREZ, José Luiz Monereo; BARROSO, Fabio Tulio; LAS HERAS, Horácio. **CONGRESO INTERNACIONAL EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN PANORAMA DE REFORMAS ESTRUCTURALES: DESAFÍOS PARA EL TRABAJO DECENTE**. Granada: Laborum, 2018.

RAMOS, Richard. **O princípio protetivo e a reforma trabalhista**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/o-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Schawrcz, Lilia M. e Starling, Heloisa M. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 322. p. 362.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Felipe Rangel da. A Revolução Industrial e a origem do Direito do Trabalho. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51936/a-revolucao-industrial-e-a-origem-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOUZA, Vanessa de. **O Refreamento da Gratuidade da Justiça na Reforma Trabalhista: Análise Sob à Luz da Constituição Federal de 1988**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-refreamento->

da-gratuidade-da justiça-na-reforma-trabalhista-analise-sob-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/. Acesso em: 06 abr. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SUNDELD Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988**, Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 8, n. 8, 2000.

Publicidade institucional do Governo Federal: limitações constitucionais e critérios para o custeio

Bernardo De Lima Barbosa Filho

Marina Falcão Lisboa Brito

Walles Henrique de Oliveira Couto

Introdução: a publicidade institucional como direito à informação

O Direito à Informação do cidadão, apresentado num contexto mais amplo do que o direito individual de acesso consubstanciado no art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, alcança também o direito de ser informado pelos atos e ações da Administração Pública, derivado do princípio da publicidade estabelecido no art. 37 da Carta Magna:

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

A publicidade institucional, antes de ser uma prerrogativa do Governo para a divulgação dos seus atos, programas, obras, serviços e campanhas, é um direito do cidadão de manter-se informado sobre os rumos da gestão, através de campanhas que resguardem o caráter educativo, informativo ou de orientação social, evitando a autopromoção dos agentes públicos, conforme preceitua §1º do art. 37 da Constituição:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Como decorrência lógica da interpretação dos princípios da impessoalidade e da eficiência, a publicidade institucional deve, em tese, ser promovida de forma a alcançar a maior quantidade de pessoas possível, dentro da sua área de atuação.

Diante da amplitude dos meios de comunicação disponíveis – televisão, rádio, jornais, internet, entre outros – a conduta esperada dos agentes públicos é que promovam a publicidade institucional dentro de critérios objetivos que resguardecem os princípios da Administração Pública.

Dos meios disponíveis para difusão publicitária, as redes de televisão aberta merecem especial atenção porque continua sendo o maior instrumento de comunicação simultânea em massa, não obstante o avanço da internet, conforme se verá adiante.

Assim, este trabalho pretende analisar a publicidade institucional sobre a sua amplitude, os seus limites, os princípios norteadores, bem como sobre os riscos do seu mau uso, que levados a níveis extremos podem contribuir com a ascensão de um Governo totalitário. Por fim, analisaremos aspectos recentes da publicidade institucional no Brasil, que podem apontar indícios de sua má utilização, concluindo com as possíveis soluções para sua inibição.

Passemos, inicialmente, ao estudo da amplitude e dos limites da publicidade institucional estabelecidos pelos princípios que a precedem.

Amplitude e limites da publicidade institucional

No Brasil, o conceito objetivo da publicidade institucional deriva do próprio §1º do art. 37 da Constituição Federal já citado, que foi clarificado recentemente pela Instrução Normativa nº 1, de 27 de julho de 2017 da

Secretaria Geral da Presidência da República, que estabeleceu os seguintes conceitos no seu art. 4º:

Art. 4º Para essas ferramentas, aplicam-se os seguintes conceitos:

I – Publicidade: forma não pessoal e indireta de divulgação de informações e de difusão de ideias, por meio de ações de comunicação de mídia e não-mídia, desenvolvidas e custeadas por anunciante do Poder Executivo Federal, podendo ser classificada em:

a) Publicidade Institucional: destina-se a divulgar atos, ações, programas, obras, serviços, campanhas, metas e resultados dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, com o objetivo de atender ao princípio da publicidade, de valorizar e fortalecer as instituições públicas, de estimular a participação da sociedade no debate, no controle e na formulação de políticas públicas e de promover o Brasil no exterior;

A norma citada ainda estabelece outras classificações derivadas como Publicidade de Utilidade Pública, Publicidade Mercadológica, e Publicidade Legal, mas que, no entanto, permanecem dentro da moldura estabelecida constitucionalmente.

Quanto à amplitude, a publicidade institucional encontra respaldo dentro do próprio princípio da publicidade na Administração Pública, resguardado no art. 37 da Constituição Federal. José Afonso da Silva assim se manifesta:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.¹

A publicidade, como destacada por Norberto Bobbio, é princípio fundamental do estado constitucional:

o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 669-670.

se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção.²

De maneira mais clara, J. J. Gomes Canotilho explica a própria razão de existir do princípio da publicidade:

A justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos normativos secretos contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente, através da publicidade.³

O princípio da publicidade tem, portanto, um duplo alcance de aprofundamento de outros princípios caros: é a negação da política de segredo (princípio democrático); e uma segurança para os cidadãos (princípio do Estado de direito)⁴.

Como cita William A. Robson, os fins da publicidade institucional podem ser os mais diversos possíveis, desde a promoção de serviços públicos, até campanhas de saúde e educativas, todas elas apropriadas a determinadas circunstâncias:

The particular objectives of Government publicity at the administrative level are, of course, extremely diverse. A department may desire the public, or a particular section of it, to make fuller use of a public service, such as the voluntary contributory pensions scheme, or the telegraph or telephone. It may desire to encourage expectant mothers to be confined in hospitals instead of at home. It may wish people to eat less butter or to drink more milk or to consume goods coming from certain countries. It may aim at overcoming dislike of some novel form of regulation. It may want people in time of war to save money and to lend it to the Government, or (in time of slump) to save less and to spend more. It may wish to improve amenities by eliminating litter in the parks. It may seek to enhance public safety by restraining discussion in public of military affairs. It may want to promote physical exercise or to

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra S.A., 1997, p. 85.

³ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993 p. 947.

⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 191.

encourage the destruction of rats. All these and innumerable other possible objectives are justifiable in appropriate circumstances; and only people who desire weak and ineffective government can oppose Government publicity in principle.⁵

A publicidade institucional, portanto, vai além da mera publicação dos atos de governo como pressuposto de validade: alcança a divulgação dos programas, obras, serviços e campanhas, não apenas para conhecimento, mas para validação das políticas públicas desenvolvidas. A sua existência é, portanto, como citado, instrumento de força e validação da efetividade das políticas públicas do governo.

William A. Robson demonstrou algumas preocupações em virtude de um potencial uso desvirtuado e sistemático desses instrumentos, em que a informação pode ser manipulada a partir da ausência de critérios para a sua divulgação. A publicidade institucional – ou governamental, como se refere – não promove nenhum esforço para apresentar uma análise completa de qualquer situação, mas apenas uma análise parcial dos eventos e da política; apresenta, portanto, uma visão conforme e comprometida com quem governa.⁶

A preocupação se estende à ausência de uma força capaz de competir igualmente com todos os instrumentos à disposição da publicidade governamental. Mesmo os partidos políticos não dispõem da liberdade e da força suficientes para apresentar-lhe qualquer contraponto.

William A. Robson destaca este fato:

It may be contended that in the purely political fórum we can rely on partisan statements being met by equally prejudiced statements of the matter from opposing angles. That is the main function of political parties. But no effective reply can easily be made to a misleading Government advertisement or poster, or an official report in which the facts are distorted, or to the misdirected jubilee celebrations of the London County Council, for the simple reason that the opportunities for publicising the replies or protests are incomparably

⁵ ROBSON, William A.. *Government publicity*. The Political Quarterly, v.11. 219-231, 1940. p. 223-224.

⁶ ROBSON. op. cit., p. 224-225.

inferior to those enjoyed by the administrative body which takes the initiative in the first instance. This disability is not peculiar to the uncovering of facts suppressed, or half-suppressed, or overlooked, by Government.⁷

É compreensível que a publicidade no campo político deve ser livre e versar sobre assuntos diversos, visto que essa é a função primordial dos próprios partidos políticos. Porém, diante da grandeza do aparato publicitário à disposição do Governo, a apresentação de um contraponto, seja pela sociedade ou pelos partidos, não consegue ter um alcance tão efetivo quanto a publicidade governamental.

Há outras preocupações pertinentes, como a possibilidade da publicidade governamental se sobrepor aos meios tradicionais de comunicação e informação como a imprensa – até mesmo desacreditando-a –, ou que se sobreponha a assuntos que dizem respeito a outros poderes, como o Poder Legislativo, utilizando-se para tanto do que William A. Robson chama de “pressão de informação”:

Much more could be said about it in connection with what may be called for want of a better term “information pressure.” Government departments are often exceedingly shrewd in their judgments of the attitude of outside writers or speakers seeking information; and the amount and character of the information supplied is liable to be in inverse ratio to the amount of criticism which is anticipated. Enquiring outsiders can be skilfully “nursed” by information officers and official Press offices.⁸

A publicidade institucional pode, portanto, estar contaminada e até mesmo omissa: a quantidade e o caráter das informações fornecidas podem ter uma relação inversa com a quantidade de críticas previstas, ou seja, escondem-se potenciais efeitos colaterais da informação, de modo que os cidadãos, destinatários finais da publicidade institucional, podem ser habilmente manipulados pela “imprensa oficial” cujo poderio é dificilmente superável.

⁷ ROBSON. op. cit., p. 225.

⁸ ROBSON. op. cit., p. 225-226.

Oportuno destacar que mesmo hodiernamente, com a consolidação da internet e especialmente com a ascensão das redes sociais, a relevância da publicidade governamental na formação de opinião dos cidadãos não reduziu, ao contrário: encontrou novos campos de atuação. As mesmas ferramentas à disposição da publicidade privada – a exemplo do impulsionamento de publicações on-line – estão também à disposição do Governo.

Assim, mesmo a publicidade institucional tendo uma moldura com finalidades amplas, porém predefinidas, em virtude da sua óbvia unilateralidade e da improbabilidade de ascensão de uma força que possa, sozinha, apresentar qualquer contraponto utilizando-se dos mesmos meios à disposição do Governo, o seu uso irresponsável pode levar, em situações extremas, a instalação de regimes totalitários. Como alerta William A. Robinson:

But the fact remains that the line which separates Governmental publicity which is justifiable in terms of administrative needs and efficiency from the type of propaganda control which leads to the totalitarian state and the decline of democracy, is exceedingly difficult to draw.⁹

A linha que separa a publicidade governamental da propaganda política, portanto, é bastante tênue e difícil de ser identificada, o que pode fazer com que um importante elo entre o Governo e os cidadãos seja utilizado como instrumento para a instalação de um estado totalitário.

Por fim, William A. Robson defende que a publicidade institucional, sobre todos os riscos, não deve ser apenas trabalhada durante um momento: é um instrumento de educação perene do cidadão. Os princípios e a organização da publicidade institucional devem, portanto, serem pensados com bastante antecedência, e avançar de forma planejada, para que funcionem de maneira suave e eficaz.

⁹ ROBSON. op. cit., p. 226.

Above all, it should be recognised that efficient publicity machinery cannot be built up at a moment's notice. The organisation and principles must be thought out long in advance and gradually evolved if they are to work smoothly and effectively.¹⁰

No caso do Brasil, a Constituição Federal, no art. 37, §1º, deu especial ênfase ao caráter educativo, informativo e de orientação social da publicidade institucional; no entanto, igual destaque deu aos freios, estabelecendo vedações quando fixou que dela não poderá “constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Mesmo com os freios constitucionais, a legislação infraconstitucional ainda adotou cuidados extras, quando estabeleceu a vedação da realização de publicidade institucional em anos eleitorais, conforme preceitua a Lei Federal nº 9.504 de 30 de setembro de 1997:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

Vê-se, portanto, que mesmo com os freios constitucionais, há uma limitação temporal para o uso da publicidade institucional em anos eleitorais, que não se justificaria se fosse resguardado o caráter educativo, informativo ou de orientação social.

No entanto, na ausência de critérios objetivos – ao contrário: o que há é uma altíssima subjetividade – e, conforme já citado, em razão da linha tênue que separa a publicidade institucional da propaganda política a

¹⁰ ROBSON. op. cit., p. 229

legislação eleitoral estabeleceu tal limitação para tentar evitar a contaminação do processo eleitoral com informações unilaterais.

No mesmo diploma legal, há uma segunda limitação, que é a limitação financeira para a realização de publicidade institucional no ano eleitoral:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito;

A legislação também impôs, portanto, uma limitação financeira no ano eleitoral, numa tentativa de refrear o uso dos recursos públicos para uma publicidade institucional potencialmente enviesada.

As limitações infraconstitucionais – temporal e financeira – em anos eleitorais, traduz na realidade brasileira as preocupações lançadas por William A. Robson já citadas: a potencial má utilização da publicidade institucional para fins de propaganda política; e a sua força financeira, que nenhuma instituição pública ou privada isoladamente teria o potencial estatal para contrapor, menos ainda os partidos políticos que têm espaço limitado de atuação publicitária.

Não fossem estes potenciais desvirtuamentos, a limitação infraconstitucional não teria razão de existir. No entanto, subsistem em razão da ausência de critérios claros quanto ao conteúdo e a forma da publicidade, que é feita de maneira relativamente subjetiva.

Apenas a Constituição fez um corte objetivo quando, como dito, trouxe a vedação para a indicação de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que é derivado de um princípio da administração pública igualmente caro que é o da impessoalidade.

Impessoalidade na publicidade institucional: conteúdo e forma

Sob a ótica da impessoalidade, a publicidade institucional pode ser analisada quanto ao seu conteúdo e à sua forma. A primeira diz respeito à análise da inexistência de promoção pessoal na sua divulgação; a segunda, igualmente importante, diz respeito à forma da divulgação da publicidade, ou seja, na escolha dos meios, que também está intimamente ligado à eficiência no seu alcance.

Antes, importante revisitar o princípio da impessoalidade. Conforme destaca Hely Lopes Meirelles,

o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

[...]

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.¹¹

A impessoalidade é, portanto, a exigência de que o ato seja realizado com a finalidade pública, o que, em tese, automaticamente afastaria a possibilidade de o gestor público realizar qualquer ato que se preste à sua serventia pessoal ou de benefício de terceiros.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao contrário, não faz essa conexão imediata entre os princípios da impessoalidade e o da finalidade, mas o aproxima de outro princípio que é o da isonomia:

Nele se traduz a idéia de que Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 81.

favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O Princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.¹²

Esta visão parece mais precisa, pois seu conceito vai além da mera motivação do ato administrativo (da finalidade pública), adentrando no próprio comportamento do gestor público que deve privar a sua atuação administrativa de discriminações, benefícios, detrimientos, favoritismos, perseguições, ao tempo em que deve evitar simpatias ou animosidades pessoais, políticas e, principalmente, ideológicas.

A não observância da impessoalidade na publicidade institucional traz, portanto, óbvios riscos de desvio de finalidade, ofendendo especialmente a isonomia. Ricardo Rodrigues bem traduz os riscos da má utilização da publicidade institucional, especialmente quanto aos seus efeitos, quando não observadas limitações impostas pelo art. 37, §1º da Constituição Federal:

Dessa forma, pretendia-se com a proibição absoluta da personalização na publicidade institucional sustar o uso indevido do dinheiro do contribuinte para promover autoridades com ambições políticas. Mas, se esse dispositivo contribuiu para reduzir o abuso na publicidade governamental, certamente não conseguiu eliminar a manipulação. Sob o objetivo de realizar uma prestação de contas das obras de governo, a publicidade governamental faz a promoção da administração e, indiretamente, promove aqueles candidatos mais identificados com o governo. Subliminarmente, a propaganda do governo funciona como se sussurrasse para os eleitores o seguinte: “veja o quanto realizamos: se você quer a continuidade desses projetos, é melhor votar em nosso candidato.”¹³

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102.

¹³ RODRIGUES, Ricardo. *Abuso do poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais*. Revista de informação legislativa. v.32. n. 128. p. 139-148, out./dez. 1995, 10/1995, p. 143.

Assim, no que diz respeito ao conteúdo da publicidade institucional, o art. 37 da Constituição Federal é bastante claro quanto às vedações expressas de promoção pessoal. No entanto, a mesma clareza não se repete quanto à forma: a publicidade institucional pode se tornar impessoal a partir da escolha dos meios de sua divulgação, e é o que nos interessa analisar neste momento.

Resgatando a sua função primordial estabelecida na Constituição, que é informar sobre os atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, sempre com caráter educativo, informativo ou de orientação social, há uma lógica primeva: que tais informações cheguem à maior quantidade de pessoas possível.

Assim, por ser de interesse comum, a princípio, uma publicidade institucional eficiente é aquela que não apenas se apresenta impessoal no conteúdo, mas também na forma da sua divulgação. Para a mensagem chegar à maior quantidade de cidadãos, o Governo precisa invariavelmente contratar meios de comunicação privados – jornais, revistas, redes de televisão, impulsionamento em redes sociais – e sobre a escolha desse meio, também deve ser observado o princípio da impessoalidade.

O direito à informação previsto no art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal, destaca que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. De tal dispositivo deriva a liberdade dos meios de comunicação social, consolidadas no art. 220 da Constituição Federal que assim versa:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Não obstante o altíssimo grau de discricionariedade que o governo detém para a realização da publicidade institucional, esta liberdade encontra limites nos próprios os princípios aqui aventados, que precisam invariavelmente serem observados, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello:

a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consoante com a busca da finalidade legal em vista da qual foi atribuída a competência. Logo, seja qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, que isto configuraria ‘desvio de poder’, nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra sub execução, sob pena de também incidir no mencionado vício.¹⁴

Assim, quanto à forma, o desvio de poder arrisca se materializar, porque existe a possibilidade clara de benefícios a terceiros ou troca de favores, já que o Governo prevê em seu orçamento uma parcela destinada à publicidade institucional que, sem critérios objetivos, pode ser destinada para benefício de meios de comunicação que detêm afinidade político-ideológica com o Governo contratante, por exemplo.

A publicidade institucional, portanto, deve se pautar por critérios eminentemente técnicos para que, dotada de impessoalidade no seu conteúdo, atinja também sua eficiência no alcance, sendo também impessoal na escolha dos meios (ou forma), garantindo que não haja discriminação face à liberdade de expressão e de informação jornalística dos veículos, independente da sua linha editorial.

Mídia técnica: publicidade institucional no Brasil

Para a observância dos princípios levantados neste trabalho, há a necessidade de estabelecimento de critérios para a imposição de uma

¹⁴ MELLO. op. cit. p. 906

publicidade institucional que seja capaz de eliminar a ofensa aos referidos princípios.

Houve tentativas no Brasil, a exemplo do Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008, que dispõe sobre as ações de comunicação do Poder Executivo Federal, que atribuiu à Secretaria de Comunicação do Governo Federal - Secom a observância a alguns critérios:

Art. 6º Cabe à Secretaria de Comunicação Social:

III - controlar, nas ações de publicidade e de patrocínio submetidas à sua aprovação pelos integrantes do SICOM, a observância dos objetivos e diretrizes previstos nos arts. 1º e 2º, no tocante ao conteúdo de comunicação e aos aspectos técnicos de mídia; [...]

V - planejar, desenvolver e executar as ações de comunicação das áreas discriminadas no art. 3º e outras subsidiárias ou complementares a elas, realizadas com recursos orçamentários alocados na Presidência da República, com observância da eficiência e racionalidade na sua aplicação;

VI - coordenar negociações de parâmetros para compra de tempos e espaços publicitários de mídia pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal;

O referido dispositivo trouxe diretrizes a serem observadas na publicidade governamental, dando especial destaque ao conteúdo, e aos aspectos técnicos de mídia, determinando ainda a eficiência e a racionalidade na aplicação dos recursos públicos. Tais diretrizes podem ser alcançadas com o que pode se chamar de “mídia técnica”, como ponderado por Ricardo Rodrigues:

Interpretada e legitimada pelo Decreto 6.555 (set./2008), a mídia técnica reproduz uma lógica comercial. Segundo essa lógica, o que mensura a seleção e o tamanho do bolo destinado às empresas de comunicação é o número de pessoas que acompanham determinada programação ou veículo. É um viés que tende a priorizar os veículos tradicionais e consolidados, sob a justificativa de comunicar a um número maior de pessoas. Ainda que seja uma regra que busca equilíbrio, o modelo gerou inúmeras críticas. Indo além do método de mensurar a audiência – por meio do share ou da Pesquisa Brasileira de Mídia –, a mídia técnica restringe a publicidade oficial em mídias alternativas e na internet, com crescimento expressivo no consumo da população. Gramacho (2015), no artigo *O equivocada debate sobre a “mídia técnica”, no Observatório*

de Imprensa, questiona a legalidade desse mecanismo, defendendo uma “utilização discricionária” que privilegie veículos de comunicação alternativos e uma maior pluralidade das empresas e mídias beneficiadas.¹⁵

A crítica de Wladimir D. Gramacho aponta duas visões dos meios de comunicação sobre os critérios estabelecidos pelo Governo Federal:

Duas visões se contrapõem. De um lado, defensores da aplicação da “mídia técnica” defendem que os recursos da Secom sejam carregados aos meios e veículos de comunicação segundo a audiência nacional que cada um tem. Segundo seu share, para usar o jargão da área. Do outro lado estão os apoiadores de uma utilização mais discricionária dos recursos, que privilegie veículos de comunicação alternativos à grande mídia e, com alguma frequência, mais alinhados às posições do Governo Federal.

Comum a ambos é a premissa de que os veículos, por sua audiência ou posições editoriais, fazem jus a recursos orçamentários. Parte-se do princípio – equivocado – de que os veículos têm direito a uma fatia do orçamento anual da Secom.¹⁶

De fato, com a ascensão das mídias alternativas, outros critérios, além da audiência, devem ser levados em consideração. Quanto à internet – em especial as redes sociais – a utilização de algoritmos facilita o atingimento de determinados nichos sociais – potenciais públicos-alvo da publicidade institucional – o que pode torná-la mais efetiva.

No entanto, é importante deixar claro que os meios de comunicação não são titulares ou beneficiários da publicidade institucional. A função a ser desempenhada pelos meios é tão somente a prestação de serviços de veiculação, não a condução da publicidade institucional, preservando, em todo caso, a liberdade de expressão e de imprensa. Os titulares do direito à publicidade institucional são o Governo, que propaga, e o cidadão, beneficiário da mensagem.

¹⁵ RODRIGUES, Ricardo. *Abuso do poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais*. Revista de informação legislativa. v.32. n. 128. p. 139-148, out./dez. 1995, 10/1995, p. 223.

¹⁶ GRAMACHO, Wladimir G.. *O equivocado debate sobre a ‘mídia técnica’*. 2015. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/interese-publico/o-equivocado-debate-sobre-a-midia-tecnica/>> Último acesso em: 6 abr. 2020 às 14h30.

A publicidade institucional deve, portanto, focar no cidadão, e não nos meios de comunicação. No entanto, a mudança de comportamento e seus hábitos de consumo oscilam diariamente, de modo que o Governo deveria manter-se permanentemente atualizado sobre tais hábitos. A última Pesquisa Brasileira de Mídia – que aponta os hábitos de consumo midiático dos cidadãos e serve de baliza para a promoção da publicidade institucional do Governo Federal – ocorreu apenas ao final do ano de 2016.

Certamente o hábito do consumidor brasileiro mudou neste lapso temporal, o que leva hoje à ausência de critérios para a sua divulgação. No entanto, os dados oficiais mais recentes ainda mostram uma preferência maciça pela televisão. É o que mostra a última Pesquisa Brasileira de Mídia promovida pela Governo Federal.

Perguntados sobre em qual meio de comunicação os cidadãos se informam sobre o que acontece no Brasil, 63% (sessenta e três por cento) têm a televisão como principal fonte de informação, contra 26% (vinte e seis por cento) da internet, segunda colocada. Também é tida ainda como segunda principal fonte de informação 89% (oitenta e nove por cento) da população, contra 49% (quarenta e nove por cento) da internet:

Tabela 1 – Preferência sobre meios de comunicação

Pergunta: Em que meio de comunicação o(a) sr(a) se informa mais sobre o que acontece no Brasil? E em segundo lugar?		
Meio	1ª menção	2ª menção
Televisão	63%	89%
Internet	26%	49%
Rádio	7%	30%
Jornal	3%	12%
Revista	0%	1%

Fonte: Pesquisa brasileira de mídia 2016.¹⁷ Produção dos próprios autores.

Não obstante, como dito, a rápida ascensão das mídias alternativas, a televisão continua sendo o meio de comunicação mais consumido pela população, e mantém uma característica peculiar: enquanto nas mídias alternativas – a exemplo da internet e suas redes sociais – a experiência do

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Pesquisa brasileira de mídia 2016: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2016, p. 14.

usuário é personalizada e individualizada, na televisão a mensagem é comum a todos os telespectadores, ou seja, não considera a individualidade do cidadão.

Desse modo, o principal critério tangível a ser utilizado para a uma adequada distribuição da publicidade institucional é o da audiência, restando pouca margem de discricionariedade por parte do Governo, na medida em que a eficiência será alcançada quando atingir a maior quantidade de pessoas possível, independente do meio de comunicação utilizado.

Naturalmente que após uma análise qualitativa da audiência, poderia sobrar uma margem de discricionariedade: uma campanha de vacinação infantil, por exemplo, pode ser feita num determinado veículo que detém maior audiência nesse nicho, enquanto que uma campanha de orientação sobre a previdência social, da mesma forma, seria direcionada para um programa direcionado a um público mais maduro.

No entanto, pelo que se observa em fenômenos recentes, os critérios de distribuição das verbas publicitárias destinadas às redes de televisão sequer estão ultrapassando o primeiro critério – quantitativo – que é a audiência.

Os governos anteriores, de Dilma Rousseff (2011-2016) e Michel Temer (2016-2017), apesar de sutis diferenças – especialmente com relação à valorização de mídias alternativas por parte da primeira – mantiveram similaridades, principalmente na destinação da veiculação de mídia e consequentemente verbas publicitárias a veículos estratégicos de grande audiência:

A gestão de Dilma, como a de Temer, orientou a distribuição das verbas de publicidade institucional a partir das preferências e do consumo de mídia dos brasileiros, conforme mensurado pela própria Secom/PR. Seguindo uma lógica semelhante de investimentos em conglomerados de mídias nacionalizados, o que diferencia as duas gestões são decisões pontuais sobre quais os melhores meios para se comunicar com a população. Ao determinar uma mudança da publicidade institucional na mídia alternativa, o pemedebista rompe com um padrão estipulado pela presidenta anterior, ainda

que pudesse estar interferindo em um plano de mídia pré-estabelecido. Embora tivesse o direito de rever totalmente a distribuição de verbas publicitárias, o governo Temer, em seu primeiro ano, optou por manter a essência dos períodos anteriores, readequando recursos em meios que pudessem ser estratégicos.¹⁸

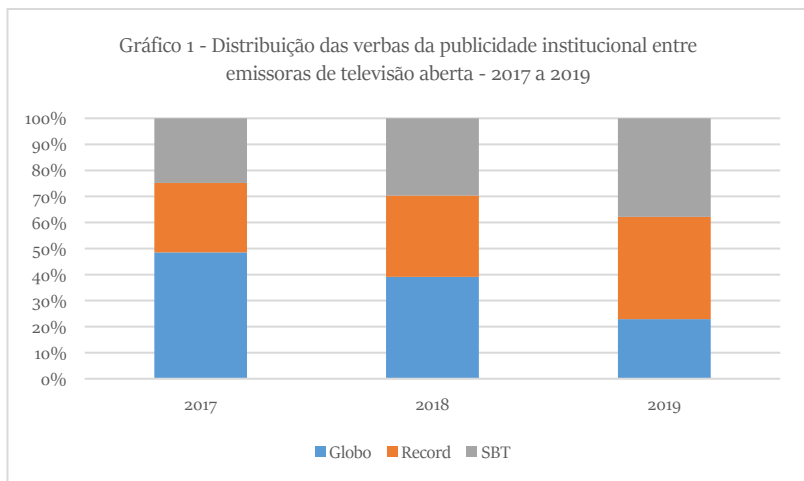
Ocorre que no governo Jair Bolsonaro (2019-presente), houve uma mudança radical na destinação das verbas publicitárias às grandes redes de televisão, numa movimentação que parece, a princípio, desconsiderar os critérios técnicos para divulgação da publicidade institucional, e conseqüentemente aos princípios que devem nortear a publicidade institucional.

Tal comportamento chamou a atenção do Tribunal de Contas da União – TCU e levou à abertura de processo para aferir a regularidade de tal conduta. O exame técnico realizado pela TCU demonstrou um descolamento entre a audiência das redes de televisão e o percentual de verbas publicitárias destinadas a cada veículo a partir do exercício de 2019, primeiro ano de gestão do governo Jair Bolsonaro¹⁹.

Para tanto, o TCU utilizou como amostra os valores de publicidade institucional destinados à Rede Globo, à Rede Record e ao SBT, maiores redes de televisão em atividade no Brasil, e o que se encontrou foi um comportamento díspar dos exercícios anteriores:

¹⁸ RODRIGUES. op. cit. p. 232.

¹⁹ BRASIL. *Instrução de análise de diligências*. Processo nº 008.196/2019-2. Tribunal de Contas da União – TCU. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/idSisdoc_18181779v17-62-Instrucao_Processo_00819620192.pdf> Último acesso em: 6 abr. 2020 às 17h30.



Percebe-se, portanto, que no ano de 2019 houve uma drástica redução na destinação do percentual das verbas orçamentárias disponíveis para a Rede Globo, enquanto houve um incremento significativo para as concorrentes, SBT e Rede Record. Não obstante notadamente a Rede Globo continuar ser líder de audiência no ano de 2019, alcançando, tanto na média quanto em horário nobre, um índice superior às suas concorrentes somadas.

Destaque-se, por oportuno, que houve de fato uma redução geral significativa nas verbas destinadas à publicidade institucional na televisão no ano de 2019, como relata o TCU, o que é até comum por ser o primeiro ano do mandato, onde a linha publicitária do Governo ainda está sendo construída. No entanto, o que se observa neste trabalho é um potencial descolamento dos princípios da impessoalidade e da eficiência, que independem do valor empregado.

O TCU não deixou de considerar critérios subjetivos para a mudança repentina:

É possível que critérios comerciais, perfil de audiência, limitação de valores, falta de interesse por parte da emissora, entre outros fatores legítimos, tenham contribuído para o afastamento e redução da participação da Rede

Globo nessas campanhas. Inafastável, porém, a necessidade de conhecer os fatores intervenientes.

É público e notório que o Presidente Jair Bolsonaro mantém uma relação de hostilidade com a imprensa, e especialmente com a Rede Globo, onde em diversas oportunidades se desentendeu pessoalmente. No entanto, uma manifestação em especial desperta a atenção, conforme noticiado por órgãos de imprensa em novembro de 2019:

"Mamata acabou", dispara Bolsonaro sobre Rede Globo - Mais uma vez, presidente ameaçou adotar critérios rígidos para renovar concessão da empresa.

O presidente Jair Bolsonaro voltou a criticar neste sábado, 2, a Rede Globo. Em duas ocasiões distintas, durante conversa com populares e jornalistas, o presidente referiu-se de forma espontânea à emissora, afirmou que a "mamata" havia acabado - numa referência a verbas de publicidade do governo federal - e, mais uma vez, ameaçou adotar critérios rígidos para renovar a concessão da empresa. "Vocês têm que estar arrumadinhos para 2022, hein, eu estou dando o aviso antes!", afirmou.

Esta foi a terceira vez na semana que Bolsonaro veio a público para criticar a empresa e falar sobre a renovação da concessão. Os ataques tiveram início na terça-feira, 29, depois da veiculação pela emissora de uma reportagem sobre o depoimento do porteiro do condomínio Vivendas da Barra, no Rio, onde Bolsonaro tem casa. [...]

"Um jornalismo covarde, hipócrita, sacana da TV Globo. O tempo todo me perseguindo, eu e minha família e meus amigos. Para que isso?", disse pela manhã, quando foi a uma concessionária em Brasília pegar uma moto que comprou. Logo em seguida, questionado, ele afirmou que não pediria direito de resposta à empresa. "Se a Globo tiver vergonha na cara, não espera meu processo, me abre espaço." A reportagem do Jornal Nacional ouviu o advogado do presidente.

No início da noite deste sábado, durante conversa com populares, Bolsonaro voltou a falar sobre a emissora sediada no Rio. Ao ver que havia câmeras registrando seu encontro com manifestantes, o presidente questionou. "E a Globo, já acharam quem matou a Marielle? Foi eu mesmo ou não?"²⁰

²⁰ FORMENTI, Lígia; TOMAZELLI, Idiana. "Mamata acabou", dispara Bolsonaro sobre Rede Globo. Terra. São Paulo, 2 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mamata-acabou-dispara-bolsonaro-sobre-rede-globo,72e57e5dbde0269752ad3bfa87bf65b2wspphiyl.html>> Último acesso em: 6 abr. 2020 às 17h30.

Dentre o histórico de hostilidades públicas promovidas contra a imprensa e os veículos de comunicação, chama a atenção a maneira com que o Presidente se refere pejorativamente às verbas de publicidade institucional destinadas aos veículos de comunicação, com citações diretas à Rede Globo.

São fortes indícios, portanto, de que a redução da participação da Rede Globo na publicidade institucional do Governo Federal está intimamente ligada com um distanciamento político-ideológico da linha editorial daquele veículo. As demais redes, ao contrário, parecem contar com sua simpatia, e ampliado a participação.

Conclusões: a solução está na constituição

A ausência de critérios objetivos para se definir como deve ser realizada a publicidade institucional pode levar o Governo a agir de maneira pessoal, não apenas no conteúdo da mensagem, mas especialmente na escolha dos seus meios, onde pode beneficiar financeiramente, com contratos mais vultosos, veículos de comunicação com quem detém afinidade ideológica em detrimento de outros, que em razão da sua participação no gosto popular, mostram-se mais eficientes no alcance da publicidade institucional.

Quem exerce o poder não o faz em nome próprio, mas em nome da coletividade, dentro dos princípios republicanos e democráticos consubstanciados na Constituição Federal, devendo agir, portanto de maneira impessoal. Os agentes públicos atuam não em prol de seus interesses particulares, mas visando sempre o interesse da coletividade.

A publicidade institucional é um importante instrumento do cidadão para tomar conhecimento dos atos, programas, obras, serviços e campanhas, especialmente para se opor ou até mesmo validar as políticas públicas desenvolvidas, como parte do processo democrático de manutenção (em caso de reeleição) ou alternância do Poder.

Ao se distanciar da aplicação dos princípios da administração pública, a publicidade institucional pode transformar-se num danoso instrumento de propaganda política e de distorção da realidade que pode levar, em último caso, à instalação de um Governo totalitário.

A solução, no entanto, parece encontrar abrigo na própria Constituição Federal: o respeito absoluto aos princípios da administração pública previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e a impessoalidade da publicidade institucional devem ser observados por todos: pelo cidadão, através do controle social, e pelas instituições também constitucionalmente imbuídas na função do controle como o Tribunal de Contas da União – TCU, este já em franca atuação para a investigação da ocorrência de ofensa a princípios e distorção da publicidade institucional.

Em último caso, o que se busca com o cumprimento dos princípios aplicáveis à publicidade institucional citados neste trabalho é a consolidação de um princípio que condensa todos os demais: moralidade.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra S.A., 1997.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Pesquisa brasileira de mídia 2016: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2016.

BRASIL. *Instrução de análise de diligências*. Processo nº 008.196/2019-2. Tribunal de Contas da União – TCU. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/idSisdoc_18181779v17-62-Instrucao_Processo_00819620192.pdf>.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Instrução Normativa nº 1, de 27 de julho de 2017 da Secretaria Geral da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/19201676/doi-2017-07-28-instrucao-normativa-n-1-de-27-de-julho-de-2017-19201652>.

BRASIL. *Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008*. Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6555.htm>.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FORMENTI, Lígia; TOMAZELLI, Idiana. "Mamata acabou", *dispara Bolsonaro sobre Rede Globo*. Terra. São Paulo, 2 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mamata-acabou-dispara-bolsonaro-sobre-rede-globo,72e57e5dbdeo269752ad3bfa87bf65b2wspphiyl.html>>.

GRAMACHO, Wladimir G.. *O equivocado debate sobre a 'mídia técnica'*. 2015. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/interese-publico/o-equivocado-debate-sobre-a-midia-tecnica/>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

RODRIGUES, Ricardo. *Abuso do poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais*. Revista de informação legislativa. v.32. n. 128. p. 139-148, out./dez. 1995, 10/1995.

ROBSON, William A.. *Government publicity*. The Political Quarterly. v.11. 219-231, 1940.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A importância de frear o capitalismo financeiro para minimizar a desigualdade social: uma análise da realidade brasileira

*Larissa Pinheiro Quirino*¹

Introdução

O capitalismo encontra-se hoje em uma fase em que as instituições financeiras comandam o mercado, e as pessoas que se inserem nas camadas mais altas da pirâmide social procuram gerar e acumular riquezas através de investimentos financeiros; deste modo, o crescimento das riquezas de capital, em regra, não são riquezas que geram benefícios sociais, como a criação de indústrias, aumento de postos de trabalhos, dentre outros. Essa nova fase do capitalismo será denominada de capitalismo financeiro.

Aliado a esta nova fase do capitalismo, encontramos mundialmente uma lógica tributária que pouco se preocupa em desconcentrar riqueza, diferente do que aconteceu em países como os Estados Unidos e o Reino Unido, no período entre guerras, e no pós Segunda Guerra, onde as alíquotas do tributo sobre as rendas, patrimônio e herança, podiam chegar até 70% ou 80%.

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. larissapq21@gmail.com.

As consequências advindas do capitalismo financeiro, aliado com um sistema tributário regressivo, é sentida de forma mais dramática em países como o Brasil, que foi considerado o país mais desigual do mundo - tendo em conta a concentração de riqueza existente dentro dos 1% mais ricos (centésimo superior) -, de acordo com a Pesquisa Desigualdade Mundial de 2018.

É neste cenário de extrema desigualdade social, que procuramos buscar soluções para o atual contexto de concentração de renda, que gera uma situação desumana e injusta para quem se insere nas classes mais baixas da pirâmide social.

Primeiramente, este artigo irá tratar sucintamente das fases do capitalismo, e procurar delimitar uma caracterização para o capitalismo em que vivemos atualmente, denominado de capitalismo financeiro. Utilizaremos lições de Afrânio Mendes Catani e Luiz Carlos Bresser-Pereira neste particular.

Posteriormente, iremos procurar explicar a relação entre o capitalismo financeiro e os níveis de desigualdade social; buscando mostrar como o avanço desenfreado da fase atual do capitalismo, aliado a um sistema tributário ineficiente e injusto, pode gerar consequências terríveis para uma sociedade, em especial a brasileira. Neste momento, iremos mostrar estudos encabeçados por Marc Morgan e Thomas Piketty, analisando como a desigualdade de renda se mostra no Brasil, para entendermos porque o sistema tributário brasileiro é considerado regressivo.

Num terceiro momento, iremos adentrar no ponto chave deste estudo, que será propor mecanismos que evitem o avanço da concentração de riqueza no Brasil, através de análise das lições do economista Thomas Piketty, e das legislações pátrias.

2. Das fases do capitalismo: entendendo o capitalismo contemporâneo

O Capitalismo pode ser definido, de acordo com Afrânio Mendes Catani², através de duas perspectivas doutrinárias. A primeira corrente, representada por Max Weber, procura explicar o Capitalismo por fatores externos à economia, o qual se constituiria através da herança de um modo de pensar as relações sociais. Esta corrente doutrinária baseia-se na ideia de extrema valorização do trabalho, da prática de uma profissão, na busca da salvação individual. A segunda corrente, que teria Karl Marx como seu expoente, adota uma perspectiva histórica, e considera capitalismo como um modo de produção de mercadorias, que teria sido gerado no início da Idade Moderna, encontrando sua plenitude no intenso processo de desenvolvimento industrial inglês³, mais conhecido como Revolução Industrial.

Não é a pretensão deste trabalho definir o que seria o capitalismo, mas vamos considerá-lo, diante das abordagens acima exploradas, como um meio de produção que tem por objetivo central a acumulação de riquezas por uma parcela da população, parcela esta detentora dos meios de produção. Este movimento, que se mostra com um viés inicialmente econômico, acaba disseminando-se por todos os ramos da sociedade, influenciando no sistema político e na própria organização social.

Não obstante essa tentativa didática inicial de trazer uma certa conceituação ao capitalismo, estamos atentos ao fato de que este fenômeno econômico passou por diferentes fases, não se podendo defini-lo de forma unívoca e estanque.

Autores como Luiz Carlos Bresser-Pereira afirmam que, a rigor, existem apenas duas fases da história humana: "uma fase pré-capitalista, na qual se sucederam e coexistiram a comunidade primitiva, os impérios antigos escravistas, o feudalismo, as sociedades aristocráticas letradas do

² CATANI, Afrânio Mendes. O que é capitalismo. São Paulo: Brasiliens, 2014, pp. 10-11.

³ Ibidp. p. 17.

absolutismo, e a fase capitalista"⁴. Para referido economista, o capitalismo apresentaria as seguintes fases: a) capitalismo comercial (com início no século XIV, perdurando até o século XVIII); b) capitalismo clássico (iniciado após a revolução industrial, e perdurando até a revolução organizacional de 1900⁵); c) capitalismo profissional (iniciado com a revolução organizacional, e tendo como subfases o Fordismo; os 30 Anos Gloriosos e os 30 Anos Neoliberais)⁶.

Giovanni Arrighi divide a história do capitalismo em quatro grandes ciclos de acumulação: "o ciclo genovês, do século XV ao início do século XVI; ciclo holandês, do fim do século XVI até meados do século XVIII; o ciclo inglês, da última metade do século XVIII até o início do século XX; e o ciclo americano, durante o século XX"⁷.

Das construções doutrinárias acima apresentadas e da revisão bibliográfica realizada sobre a histórica dos acontecimentos mundiais, em relação ao desenvolvimento do capitalismo, pode-se dividi-lo didaticamente nas seguintes fases: Capitalismo Comercial; Capitalismo Industrial e Capitalismo Financeiro⁸.

O Capitalismo Comercial pode ser conhecido como a primeira fase do capitalismo, que surgiu de forma discreta no final do século XIV e início

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. As duas fases da história e as fases do capitalismo. São Paulo: FGV, 2011, p. 7.

⁵ Sobre a Revolução Organizacional, Luiz Carlos Bresser-Pereira explica: "A revolução organizacional está relacionada à segunda revolução industrial que ocorre no último quartel do século XX, e, em decorrência, a três fatos históricos novos que têm lugar na primeira metade do século XX: a produção e o consumo de massa; o fato de o capital ter-se tornado abundante e deixado de ser o fator estratégico de produção sendo substituído pelo conhecimento; e a transição da produção realizada diretamente por famílias ou por empresas familiares para produção realizada em organizações. A sociedade continuou capitalista, porque orientada para o lucro e baseada na acumulação de capital, mas deixou de ser possível se falar em um capitalismo "puro", ou melhor, no capitalismo clássico do século XIX, porque agora o conhecimento passava a ter um papel decisivo na administração da sociedade, porque ele passava a garantir poder e privilégio para aqueles que detivessem o conhecimento técnico, comunicativo e principalmente organizacional e, assim, fossem capazes de administrar as grandes organizações privadas e públicas." In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. As duas fases da história e as fases do capitalismo. Escola de Economia de São Paulo. Textos para Discussão 278. Mai. 2011. São Paulo: FGV, p. 11.

⁶ Ibid. p. 10.

⁷ ARRIGHI, Giovanni. O Longo Século XX. São Paulo: UNESP, 1994

⁸ A classificação a ser adotada neste trabalho considerará a divisão do capitalismo nas fases: comercial, industrial e financeira. No entanto, tem-se conhecimento que, de acordo com Manuell Castells (In: CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999), haveria uma nova fase do capitalismo: o capitalismo informacional. Fase esta que não será explorada neste trabalho, por não ser seu objeto de estudo, que se concentrará no capitalismo financeiro.

do século XV, marcado pelas trocas envolvendo mercadorias, intensificando-se com o desenvolvimento do comércio internacional, havendo uma busca por controle de matérias-primas e metais preciosos (metalismo).

Posteriormente a esta fase inicial do capitalismo, encontramos o acontecimento histórico que se mostrou como marco para a sua efetiva sedimentação no contexto econômico e social (inicialmente da Europa), qual seja a Revolução Industrial. Nesta segunda fase, viu-se um capitalismo marcado pela fomentação da indústria, com a criação de diversos postos de trabalho (não obstante sabermos das condições de exploração do trabalho nessa época).

Finalizando essa digressão histórica, temos a fase do capitalismo financeiro, fase esta que será o objeto deste trabalho.

2.1. Do capitalismo financeiro

O capitalismo financeiro surge, em meados do século XX, com a chamada Terceira Revolução Industrial⁹, e se caracterizaria por apresentar as instituições financeiras como os principais agentes atuantes nesse período, com destaque para as especulações financeiras e para o papel da bolsa de valores (esta entendida como termômetro para medir a economia de um determinado país num período, e onde ocorrem as principais transações comerciais do capital financeiro).

Conforme percebemos, ao analisarmos informações contidas em documentários como "O Fim do Sonho Americano", interpretado por Noam Chomsky¹⁰ e "Salvando o capitalismo", interpretado por Robert

⁹ Terceira Revolução Industrial (ou Revolução Informacional) é caracterizada pelo momento em que a eletrônica aparece como verdadeira modernização da indústria, o que ocorre após a Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema: FARAH JÚNIOR, Moisés Francisco. A Terceira Revolução Industrial e o Novo Paradigma Produtivo: Algumas Considerações sobre o Desenvolvimento Industrial Brasileiro nos Anos 90. Curitiba : Revista FAE, v.3, n.2, p.45-61. maio/ago. 2000.

¹⁰ REQUIEM FOR THE AMERICAN DREAM. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks e Jared P. Scott. Intéprete: Noam Chomsky. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_FtpgDvWjkQ&t=215s. Acesso em: 29 jul. 2019.

Reich¹¹, o capitalismo financeiro muda o foco da sistemática capitalista clássica; de modo que, nas fases anteriores se buscava acumular capital para fins de investir no comércio (Mercantilismo) ou na indústria; e na conjuntura hodierna, os detentores do capital, buscam tão somente acumular capital financeiro, para cada vez mais investir em bolsas de valores, adquirir bens de capital e influenciar no jogo político.

Diferentemente do que ocorreu nas duas primeiras fases do capitalismo, tratadas por este estudo, onde, com a fomentação do comércio e da indústria, verificou-se historicamente uma criação de postos de trabalho (mesmo que as condições iniciais não fossem as mais adequadas); a nova fase do capitalismo financeiro traz uma série de desserviços para sociedade mundial. Isto porque, na nova fase do capitalismo, os detentores dos meios de produção encontram-se numa busca incessante de acumular riquezas de capital apenas por acumular, não havendo investimentos na indústria ou comércio de uma país, não gerando postos de empregos, não havendo qualquer viés solidário ou de fomentação de avanço social. Pelo contrário, apresenta um cunho cada vez mais egoísta e de facilitação de acumulação de riqueza e de aprofundamento de desigualdade social; situação social esta que é agravada, inclusive, com a intensa influência dos detentores do capital financeiro sobre o processo político e as decisões dos "representantes do povo".

Parafraseando Piketty, é preciso criar instrumentos que retomem o controle de um capitalismo financeiro que enlouqueceu¹².

É neste cenário de constatação, que procuramos desenvolver este trabalho, que visará analisar como o capitalismo financeiro tem se mostrado - em especial no Brasil -, e quais os mecanismos que podemos (senão devemos) adotar para frear os efeitos danosos desta fase do capitalismo.

¹¹ SAVING CAPITALISM. Direção: Sari Gilman e Jacob Kornbluth. Intérprete: Robert Reich. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2017. Disponível em: <https://www.netflix.com/watch/80127558?trackId=13752289&tctx=0%2C0%2C6fe4c59853125a9c3d57c3db750a1b10989176d3%3Ac60be94260b3f5fofoa8b54fec35ec124e041ea7%2C%2C>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹² PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

2. A desigualdade social e o capitalismo financeiro

De acordo com Thomas Piketty, pode-se analisar a desigualdade de renda através de três dimensões: a) desigualdade de renda do trabalho; b) desigualdade da propriedade de capital e das rendas de capital; c) relação entre as duas primeiras dimensões¹³.

Ainda acompanhando as lições do referido economista francês, percebemos que a desigualdade de renda - e, por conseguinte a desigualdade social - ainda é muita grande, apresentando-se mais discreta em relação às disparidades de renda decorrentes do trabalho; isto porque, com relação às diferenças existentes entre as rendas de capital, a diferença é gritante. Por exemplo, encontramos nos estudos de Piketty - no Livro " O Capital no Século XXI"-, em relação às rendas decorrentes de trabalho, nos países escandinavos nos anos de 1970 e 1980 (considerados pelo autor como alguns dos países de menor desigualdade), que os 10% mais ricos (décimo superior) concentravam 20% do volume total da renda de trabalho; enquanto os 50% mais pobres detém 35% da renda do trabalho, e os 40% da classe média, ganhavam 45% da renda trabalho. Já com relação às rendas de capital, nesses países, o décimo superior concentrava em média 60% da renda de capital, enquanto os 50% mais pobres detinham apenas 5% desse tipo de renda¹⁴.

A realidade brasileira mostra-se ainda mais assustadora.

Nos estudos desenvolvidos pelo economista irlandês Marc Morgan, orientado por Thomas Piketty, verificou-se que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. De acordo com a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, coordenada, entre outros, por Piketty, encontramos no Brasil a maior concentração de renda do mundo entre os 1% mais ricos (centésimo superior), de modo que essa faixa social concentrava 28,3% da renda nacional em 2015, considerando a renda antes da incidência da

¹³ Ibid. Não paginado

¹⁴ Ibid. Não paginado

tributação, o que podemos verificar no gráfico apresentado pelos dados contidos no site *world inequality database*¹⁵. No mesmo diapasão, a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, aponta que os 10% mais ricos no Brasil concentram 55% da riqueza do país¹⁶.

Mas o que todos esses dados têm a ver com o capitalismo financeiro? Bem, muito mais do que podemos imaginar.

A desigualdade social é um fator que desencadeia uma série de consequências negativas para uma sociedade. Em especial na realidade brasileira, entendido como o país mais desigual do mundo - considerando a concentração de renda no centésimo superior da pirâmide social -, pela Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, verificamos que essa desigualdade é uma das causas (senão a principal) do aumento da criminalidade; da existência de uma plutocracia que vemos no poder político - onde os "representantes" do povo, na verdade representam os interesses de uma classe privilegiada -; do descaso com os serviços públicos básicos, dentre tantos outros problemas sociais.

O capitalismo financeiro e a deficiência de se pensar responsabilmente num sistema tributário justo, tem um papel fundamental para se conseguir a sedimentação deste modelo nefasto e desumano que vivenciamos hoje de desigualdade social.

Em primeiro lugar, a lógica do capitalismo financeiro beneficia a concentração de riqueza nas mãos de poucos, haja vista que é caracterizado: a) pela união de grandes empresas (por isso também conhecido como capitalismo de monopólio) para dominar um mercado; b) pelo crescimento do papel das instituições financeiras no mercado; c) pela instigação das pessoas em investir em bolsas de valores, de modo que se gera uma riqueza pela riqueza, sem haver uma contribuição social efetiva.

Noutro giro, considerando a lógica tributária do Brasil, que é o que nos interessa neste trabalho, verificamos um sistema tributário

¹⁵Disponível em: https://wid.world/world#sptinc_p99p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁶ Dados disponíveis em: <https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-english.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

completamente regressivo, de modo que encontramos uma alta carga tributária sobre o consumo, e uma tributação pesada sobre as classes mais baixas da pirâmide social; enquanto se verifica uma diminuição de incidência de carga tributária à medida em que se sobe na pirâmide social. Vejamos:

De acordo com estudos de Marc Morgan¹⁷, em 2016 a carga tributária brasileira ficava na média de 32,38% do PIB, estando no 23º lugar em relação aos países da OCDE. Quando se observou o percentual de tributação sobre o consumo, verificou-se que desse percentual, 15,8% incide sobre o consumo; de modo que, aproximadamente, 50% de toda a carga tributária brasileira, incide sobre o consumo.

Agora considerando a tributação sobre a renda decorrente de trabalho, e aquela sobre a renda decorrente de bens de capital, em 2015, o Brasil ficava em último lugar entre os países da OCDE no que diz respeito à tributação sobre a renda, lucro e ganho de capital¹⁸, com um percentual de discretos 5,9% de carga tributária. E em relação à incidência de tributação sobre a folha de salários, o Brasil apresenta um percentual de 8,4%, ocupando o 20º lugar entre os países da OCDE neste particular. Para finalizar, o percentual apontado pelo estudo de Morgan, para tributação de propriedade, chega a ser um insipiente 1,4% da carga tributária¹⁹.

Analisando esses dados trazidos, podemos inferir que, no Brasil, a carga tributária é completamente regressiva, mostrando-se muito pesada sobre o consumo, que afeta toda a população, e principalmente as pessoas que ocupam a faixa do *bottom 50%* (que estão na base da pirâmide social), a quais gastam a maior parte de sua renda (senão a totalidade) com consumo. Além disso, temos uma tributação mais expressiva sobre a renda

¹⁷ Dados disponíveis em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁸ Dados disponíveis em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁹ Dados disponíveis em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

decorrente do trabalho, enquanto em relação aos bens e rendas de capital, mostra-se completamente insipiente.

Considerando que as pessoas que ocupam o décimo e o centésimo do topo da pirâmide social, são aquelas que possuem as maiores rendas/bens decorrentes de capital, é forçoso afirmar que, quando mais rico se é, menos tributo se paga. Lembrando ainda que no Brasil, a Lei Federal nº 9.249/1995²⁰ instituiu uma isenção tributária para a renda advinda da repartição de lucros e dividendos.

É neste ponto que encontramos uma das maiores (senão a maior) incongruência e injustiça do Brasil. Onde verificamos claramente que a maior parte da carga tributária incide sobre os mais pobres; enquanto os ricos, além de se beneficiarem por um lógica desumana do capitalismo financeiro (de produzir dinheiro pelo dinheiro, sem trazer nenhum benefício social), pagam pouco (ou nenhum) tributo, pelas suas transações financeiras.

Com essa constatação, adentramos no ponto chave desse estudo, a fim de apresentarmos a hipótese levantada neste trabalho, de que a reforma do sistema tributário brasileiro é fundamental para, ao menos, minimizar as distorções geradas em boa parte pelo capitalismo financeiro, e frear a gritante desigualdade social que vivenciamos nos dias atuais.

3. Como frear o capitalismo financeiro e a desigualdade que assola o Brasil

Acredito que muitas pessoas, em especial as que buscam se informar sobre a situação econômica, financeira e social do Brasil, já tenham se questionado: como podemos melhorar nosso país? O que podemos fazer para diminuirmos as desigualdades sociais que presenciamos? Acredito também que, muitas delas se viram numa pergunta retórica, por pensarem que não se poderia chegar a uma resposta satisfatória para tais

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

questionamentos, diante da atual situação político-econômica do nosso país.

Confesso que, por um tempo, compactuei com este pensamento. Mas só até ter buscado mais conhecimento e ter percebido que, diante de pesquisas realizadas, existe uma resposta satisfatória àquelas perguntas.

Conforme as hipóteses levantadas anteriormente, as quais, em minha pesquisa, foram comprovadas, percebemos que a desigualdade social no Brasil apresenta, ao menos como umas das causas (estamos seguros de que existem outras), o capitalismo financeiro desenfreado e a atual conjuntura de um sistema tributário injusto e que favorece o avanço dessa nova face do capitalismo.

Mais uma vez, utilizamos Thomas Piketty como marco teórico para podermos pensar em uma forma de responder àqueles questionamentos, e verdadeiramente desenvolvermos um estudo que busque achar caminhos para minimizar a desigualdade social do Brasil.

De acordo com a pesquisa realizada, pensar em melhoria da condição do país, enfrentando a desigualdade social, é pensar efetivamente em PROGRESSIVIDADE FISCAL. Não apenas nos termos da implantação da progressividade do tributo sobre a renda, mas, principalmente, a implantação de uma tributação mais severa sobre os bens e rendas de capital.

4.1. Da necessidade de uma tributação mais efetiva sobre o capital

Usando as palavras de Piketty, "o imposto [tributo] não é uma questão apenas técnica, mas eminentemente política e filosófica, e sem dúvida a mais importante de todas. Sem impostos, a sociedade não pode ter um destino comum e a ação coletiva é impossível."²¹.

Com essas palavras, verificamos, sem sombra de dúvidas, que a tributação tem um papel fundamental para a organização social e para

²¹ PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

consecução de uma realidade mais igualitária, pois, é através dela que se pode financiar o Estado, para que ele assuma um papel de Estado Social, além de se mostrar como uma aliada ferramenta para desconcentrar renda.

No entanto, da mesma forma, a tributação pode ser uma manobra útil na mão de alguns representantes políticos para acentuar uma situação de desigualdade social e de distanciamento do Estado em relação às necessidades sociais.

Infelizmente o que vemos no Brasil (e em outros países do mundo), é a utilização da tributação como meio de aumentar uma situação de disparidade social e de abandono de assistência pelo Estado.

Como a proposta deste trabalho é tentar mostrar caminhos para reverter esse quadro, vamos analisar como o estudo sobre a implantação de uma tributação efetiva sobre o capital pode ser a melhor saída para uma mudança no quadro social do país e para se alcançar um pouco mais de justiça fiscal.

Estamos certos que a tributação do capital não é a única medida a ser tomada para minimizar o grau de desigualdade no Brasil e no mundo, tendo-se a consciência da necessidade de outras mudanças no sistema tributário nacional, como uma maior progressividade em relação ao imposto sobre a renda (com uma número maior de alíquotas), por exemplo. Mas, no nosso entender, é a medida de maior justiça fiscal que os Estados poderiam adotar para procurar minimizar o problema da desigualdade social.

4.2. Da necessidade de um reestruturação do sistema tributário brasileiro

Nós já verificamos, através da análise dos estudos de Marc Morgan, como o Brasil tem um sistema tributário regressivo, em muito devido à ausência ou insipiência da tributação sobre o capital.

Essa realidade advém de um movimento que se iniciou mundialmente na década de 1980, e vem se agravando, em especial, nos países em desenvolvimento como o Brasil.

Analisando a história, verificamos que no período entre guerras, e também logo após a Segunda Grande Guerra, alguns países europeus e os Estados Unidos da América elevaram sobremaneira as taxas superiores incidentes sobre as rendas e os patrimônios. Observava-se uma progressividade efetiva, que, para tentar minimizar as discrepâncias sociais, chegava quase a ser confiscatória.

Os exemplos mais emblemáticos desse período são os casos das alíquotas que os Estados Unidos e o Reino Unido impuseram sobre as rendas e, posteriormente, sobre as heranças. Nos Estados Unidos, nos anos de 1919 a 1939, encontravam-se alíquotas máximas sobre a renda em torno de 70% (setenta por cento), e alíquotas máximas sobre herança num importe de 70% a 80%²². Essa postura mostrava que o país norteamericano estava preocupado em financiar o Estado, a fim de diminuir as disparidades sociais e poder dar uma maior assistência ao maior número de cidadãos.

A tributação severa sobre o patrimônio, nos Estados Unidos, deveu-se a uma realidade de uma "*an undemocratic distribution of wealth*", como afirmou Irving Fischer (presidente da American Economic Association, Irving Fisher)²³, quando, em seus discursos presidenciais analisou o estudo realizado por Willford King, onde se constatou que 2% (dois por

²² Ibid. Não paginado.

²³ Ibid. Não paginado.

cento) da população norte americana concentrava mais de 50% da riqueza do país, enquanto os dois terços da população não possuía quase nada²⁴.

Desse modo, vemos que, nos Estados Unidos, entre as décadas de 1920 e 1930, prezava-se por tributar mais severamente o patrimônio e as rendas que não eram geradas por meio do trabalho (o que ia de encontro com o ideal do capitalismo de produção), e que eram consideradas excessivas e estéreis para a economia e para a sociedade, pois não geravam empregos, indústrias ou outros benefícios sociais e econômicos.

Mas este movimento de forte tributação sobre as rendas e o patrimônio de quem se insere no topo da pirâmide social não durou por muito tempo.

A partir da década de 1970 verificou-se uma diminuição mundial nas alíquotas superiores dos tributos sobre as rendas, os patrimônios e as heranças. Sobre esse tema:

Se examinarmos o conjunto dos países desenvolvidos, constataremos que a magnitude da queda da taxa marginal superior do imposto sobre a renda, observada desde os anos 1970 até os anos 2000-2010, está estreitamente ligada à magnitude da alta da participação do centésimo superior na renda nacional ao longo do mesmo período. Existe uma correlação quase perfeita entre esses dois fenômenos: os países que mais baixaram suas taxas superiores são também aqueles onde as rendas mais elevadas – sobretudo as remunerações dos executivos das grandes empresas – aumentaram com mais força; por outro lado, os países que baixaram pouco suas taxas superiores viram suas rendas elevadas progredirem de forma muito mais moderada.²⁵

Na análise de Piketty, esse fenômeno foi (e é) altamente nocivo para a sociedade como um todo, isto porque, acompanhado da diminuição das alíquotas máximas sobre as rendas elevadas e bens de capital, veio a elevação astronômica das rendas dos executivos, os quais, nos anos de 1950 nos Estados Unidos, por exemplo, não tinham grande interesse de receber altas quantias de lucros, diante da alta taxação desses valores. No

²⁴ King, W. I. *The Wealth and Income of the People of the United States*. Nova York: Macmillan, 1915.

²⁵ Op. Cit. Não paginado.

entanto, verificando-se alíquotas irrisórias sobre as rendas elevadas, compensaria aos *top 10% income* e ao centésimo superior aumentar consideravelmente sua renda. E aí, assistimos ao germe que veio a gerar uma desigualdade cada vez maior.

No Brasil, onde a realidade é ainda pior, verificamos que a insipiência e/ou ausência de tributação sobre a renda e bens de capital apresenta-se como uma política desumana e que acentua as disparidades que assolam nossa sociedade.

Em nosso país, encontramos a dura realidade de heranças serem tributadas com alíquotas máximas de 8% (oito por cento)²⁶, mas que, na realidade, são tributadas, em média, com alíquotas bem inferiores quando o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação é instituído pelos Estados Federados. Tomemos como tenebroso exemplo, a Lei Estadual nº 10.705/2000²⁷, do Estado de São Paulo, que prevê uma alíquota única de 4% (quatro por cento) sobre os bens herdados e doados. Completamente em dissonância com qualquer ideal de justiça fiscal, primeiro por não prever nenhum tipo de progressividade; segundo, por prever uma alíquota totalmente insipiente e que visa ajudar a perpetuar a concentração de riqueza de geração em geração; o que enfraquece o furado discurso da meritocracia.

Nessa mesma onda, encontramos uma legislação federal que isenta de tributação a distribuição de lucros e dividendos. A Lei nº 9.249/95, em seu art. 10, prevê que o imposto sobre a renda não incidirá sobre os lucros e dividendos auferidos a partir do mês de janeiro de 1996²⁸. Esta norma permitiu que, em 2018, acionistas de bancos como o Itaú, Santander e Bradesco - os três maiores bancos privados do Brasil -, distribuíssem um

²⁶ BRASIL. Resolução do Senado nº 09, de 06 de maio de 1992. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>. Acesso em: 29 jul. 2019.

²⁷ SÃO PAULO. Lei nº 10.705, de 28 de Dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-sp-10705-2000.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

²⁸ "Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior". BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

média de trinta e três bilhões de reais aos seus acionistas, a título de lucros e dividendos²⁹, sem que incidisse sobre esse valor qualquer tipo de tributação.

O que podemos perceber nitidamente é que, quem pouco tem sofre demasiadamente com a carga tributária; enquanto, quem ganha bilhões, não é submetido a nenhum tipo de tributação, ou submete-se a uma tributação irrisória.

Aí encontramos a maior distorção da realidade brasileira.

Piketty, um dos economistas da atualidade que mais se preocupa com os dados da desigualdade social, defende a criação de mecanismos para se controlar o capitalismo atual, que ele denomina de capitalismo patrimonial globalizado. Para ele a principal criação, capaz de frear essa nova versão do capitalismo, e procurar minimizar a desigualdade social, seria a instituição de um imposto mundial e progressivo sobre o capital, com ampla transparência financeira internacional³⁰. Não obstante se mostrar uma ideia utópica - assim reconhecida pelo próprio economista -, de fato, a instituição de um tributo progressivo sobre o capital é a maneira mais justa e eficaz de tentar se reverter o atual quadro de crescente desigualdade.

Sabe-se que, conforme apontado pelo próprio Piketty, criar um tributo mundial sobre o capital é praticamente impossível e se mostra inviável, diante das dificuldades de se instituir através de um consenso entre todas as nações, de se conseguir a adesão dos países, dentre tantos outros "inconvenientes" que, com certeza, seriam levantados pelos países. No entanto, Piketty nos mostra que esta ideia é uma utopia útil:

O imposto mundial sobre o capital é uma utopia: seria difícil acreditar que as nações do mundo pudessem concordar com essa ideia, estabelecer um cálculo de tributação para ser aplicada a todas as fortunas do mundo e depois redistribuir harmoniosamente essas receitas entre os países. Entretanto,

²⁹ Notícia disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/noticias/redacao/2019/02/06/bancos-aumentam-pagamento-de-dividendos-aos-acionistas.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

³⁰ PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. E-ISBN: 978-85-8057-582-8. Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

considero-a uma utopia útil, por diversas razões. Em primeiro lugar, mesmo que uma instituição ideal não se torne realidade num futuro previsível, é importante tê-la como ponto de referência, a fim de avaliar melhor o que as soluções alternativas oferecem ou deixam de oferecer. Veremos que, na falta de uma solução dessa natureza – que para ser completa exigiria um nível muito elevado e sem dúvida pouco realista de cooperação internacional no médio prazo, mas que pode ser realizada de maneira gradual e progressiva para os países que a desejarem (desde que sejam numerosos o suficiente, como na Europa) –, é provável que prevaleçam diversas formas de reações nacionalistas.

Nossa pretensão com este trabalho é muito menos pretensiosa do que a sugerir a criação de um tributo mundial sobre o capital, como fez Piketty. A ideia a ser retratada no nosso estudo, diante das pesquisas realizadas, é mostrar a necessidade do Brasil investir numa real reforma tributária, com a instituição de tributos incidentes sobre o capital e sobre as grandes fortunas (que geralmente são produzidas através de investimentos financeiros).

Essa tributação efetiva sobre o capital e as grandes fortunas poderia ser representada por institutos como: a instituição do imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal³¹, com alíquotas com representassem uma real tributação a ser sentida pelos ocupantes do centésimo superior da pirâmide social; o fim da isenção sobre lucros e dividendos, prevista na Lei nº 9.249/95; a criação de maior número de alíquotas do imposto incidente sobre a renda - a fim de haver uma efetiva progressividade -, inclusive criando alíquotas mais severas sobre rendas altas que decorressem do investimento no mercado financeiro.

Deste modo, se tentaria frear o avanço voraz do novo capitalismo financeiro, inibindo a geração de dinheiro pelo dinheiro; e, do mesmo modo, procurar diminuir a concentração de riqueza que gera uma

³¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

desigualdade social desumana e uma plutocracia que é comandada pela elite, e comanda em prol dessa elite.

Considerações finais

Pelo trabalho desenvolvido podemos compreender que o a nova face do capitalismo, juntamente com um sistema tributário injusto, que pouco se preocupa com a desconcentração de renda, são elementos que fomentam a desigualdade social no mundo inteiro. O estudo de economistas como Piketty e Marc Morgan nos faz ter um panorama mundial sobre essa desigualdade, que não é própria do Brasil.

Apesar dessa constatação, o que podemos verificar é que, no Brasil, os problemas decorrentes da voracidade do capitalismo financeiro, bem como de um sistema tributário regressivo, são muitos mais graves, porque neste país, a desigualdade social apresenta números alarmantes, a ponto dele ser considerado o país mais desigual do mundo, quando observado o centésimo superior da pirâmide social - que concentra quase 30% de toda a riqueza nacional. De modo que, os 1% mais ricos do Brasil, são mais ricos que os 1% mais ricos de qualquer lugar do mundo.

Enquanto isso, os 50% mais pobres do Brasil concentram apenas 12% do total da riqueza nacional³².

É nesse conjuntura que procuramos pensar em mecanismos que pudessem frear o avanço do capitalismo financeiro e tentar minimizar a desigualdade social, dentro da realidade brasileira.

Encontramos como resposta para os questionamentos levantados, a necessidade de se fazer uma séria reforma tributária, tendo como principal fundamento a reversão de um sistema regressivo para um sistema altamente progressivo; criando tributos com incidência mais severa sobre os bens e rendas decorrentes de capital, de modo a fazer os que ocupam o

³² Dados constantes nos estudos feitos pela Wid.World. Disponível em: <https://wir2018.wid.world/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

topo da pirâmide social, sintam a maior parte da carga tributária nacional; e não o inverso, como acontece hodiernamente.

Sabemos a dificuldade de se chegar a esse tipo de reforma tributária, diante da constatação "chomskyana" da existência de um ciclo vicioso de poder, em que o poder econômico controla o poder político e boa parte de suas decisões.

Temos a consciência de que este é apenas um ensaio do que se pode produzir academicamente sobre mecanismos de buscar uma desconcentração de renda do Brasil. Mas não podemos nos furtar de produzir conhecimento e informar às pessoas que existe saída para o horror social em vivemos, onde há muita desigualdade social, um aumento de políticas de austeridade, e pouca vontade política de se chegar, verdadeiramente, a uma justiça fiscal.

Referências

ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 1994.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *As duas fases da história e as fases do capitalismo*. São Paulo: FGV, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CATANI, Afrânio Mendes. *O que é capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2014.

FARAH JÚNIOR, Moisés Francisco. A Terceira Revolução Industrial e o Novo Paradigma Produtivo: Algumas Considerações sobre o Desenvolvimento Industrial Brasileiro nos Anos 90. In: *Revista FAE*, v.3, n.2. maio/ago., Curitiba, 2000, pp. 45 - 61.

KING, W. I. *The Wealth and Income of the People of the United States*. Nova York: Macmillan, 1915.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad.: MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. . Rio de Janeiro: Intrínseca. Edição digital: 2014. Não paginado.

REQUIEM FOR THE AMERICAN DREAM. Direção: Peter Hutchison, Kelly Nyks e Jared P. Scott. Intérprete: Noam Chomsky. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_FtpgDvWjkQ&t=215s. Acesso em: 29 jul. 2019.

SAVING CAPITALISM. Direção: Sari Gilman e Jacob Kornbluth. Intérprete: Robert Reich. Gênero: Documentário. Estados Unidos. 2017. Disponível em: <https://www.netflix.com/watch/80127558?trackId=13752289&tctx=0%2C0%2C6fe4c59853125a9c3d57c3db750a1b10989176d3%3Ac60be94260b3f5fofoa8b54fec35ec124e041ea7%62C%62C>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de Dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Resolução do Senado nº 09, de 06 de maio de 1992. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>. Acesso em: 29 jul. 2019.

SÃO PAULO. Lei nº 10.705, de 28 de Dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-sp-10705-2000.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

**Voto secreto e novas tecnologias:
uma investigação da eficiência textual
do princípio da autodeterminação informativa da
Lei Geral de Proteção de Dados como garantia do segredo
do voto perante a técnica de mineração de dados**

Matheus Barbosa Rodrigues

Introdução

Desde a 3^a Revolução Industrial, datada de meados do século XX, a mais importante matéria-prima para o capitalismo passou a ser a informação, porquanto, a partir dela, foi possível direcionar o esforço produtivo em função dos gostos dos clientes, tornando-o, assim, economicamente mais eficiente. A gestão do conhecimento, assim, passou a ser questão central na geração de valor para as empresas ¹.

A 4^a Revolução Industrial, por sua vez, datada do início do século XXI, é marcada, conforme Schwab², pelo uso do aprendizado de máquina (*machine learning*, em inglês), que permitiu, entre outros, inferir, a partir de grandes quantidades de dados, comportamentos futuros, melhorando a tomada de decisões.

¹ ABRANCHES, Paulo Henrique Jurza; RIBEIRO, Jurema Suely de Araújo Nery; SOARES, Marco Antônio Calijorne; ZIVIANI, Fabrício. *The articulation between innovation and competences anchored by knowledge management aiming sustainable competitive advantage*. **Brazilian Journal of Information Science**, Marília, v. 12, n. 2, p. 52-63, ago. 2018. Disponível em: < <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjis/article/view/7406/5130>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

² SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Nova York: Crown Business, 2017.

Uma das ferramentas usadas na inferência de padrões e obtenção de conhecimento é a mineração de dados. A utilização dessas ferramentas, porém, desencadeou o surgimento do que Shoshana Zuboff denominou de capitalismo de vigilância, marcado pela constante observação do indivíduo, inclusive sem o seu consentimento, em busca da maior quantidade possível de dados ³.

Uma das aplicações da técnica de mineração de dados, por sua vez, é no ambiente eleitoral. Especificamente, no cálculo, a partir de dados coletados ou até disponibilizados pelos cidadãos, da probabilidade desses escolherem um candidato específico. Com o uso dessa técnica, levantam-se questões acerca da preservação do sigilo do voto, haja vista, segundo Murray e Scime⁴, a mineração de dados ter um percentual de acerto em suas previsões, já à época, de 87% em alguns segmentos específicos de eleitores.

Nesse contexto de violações à privacidade, elaboraram-se leis locais, a exemplo do *California Consumer Protection Act*⁵, lei de proteção de dados do estado americano da Califórnia, e supranacionais, sendo o mais notório exemplo a *General Data Protection Regulation (GDPR)*⁶, normativa europeia, com vistas à garantia do direito à proteção de dados dos cidadãos.

Seguindo a tendência mundial, o Brasil, no dia 14 de agosto de 2018, aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ou Lei nº 13.709/2018, ainda em *vacatio legis* e que, nos termos de seu art. 1º, *caput*, visa proteger os direitos à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da

³ ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Nova York: PublicAffairs, 2019.

⁴ MURRAY, Gregg R.; SCIME, Anthony. *Microtargeting and Electorate Segmentation: data mining the american national election studies*. **Journal of political marketing**, Londres, vol. 9, nº 3, p. 143-166, ago. 2010.

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *California Consumer Privacy Act*, de 28 de junho de 2018. Disponível em: < https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375>. Acesso em: 01 mar. 2020.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. *General Data Protection Regulation*, de 25 de maio de 2018. Disponível em: < <https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

personalidade da pessoa natural diante das operações de tratamento de dados ⁷.

Um dos fundamentos da LGPD, por sua vez, é a autodeterminação informativa, prevista no art. 2º, II da Lei nº 13.709/2018 e que foi definida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como a autoridade dada ao indivíduo de decidir sobre a divulgação e o uso de seus dados pessoais, não havendo qualquer atividade de processamento sem seu consentimento⁸. Posteriormente, esse entendimento permaneceu no art. 6º, c, Diretiva nº 95/46/EC ⁹, bem assim no art. 5.1, b, GDPR ¹⁰.

De seu turno, um dos desafios à privacidade surgiu com o uso de ferramentas de inteligência artificial para traçar o perfil de possíveis eleitores e, assim, planejar campanhas e direcionar propagandas eleitorais. Uma dessas técnicas, por sua vez, é a mineração de dados, a qual pode ser definida como "a análise de, em sua maioria, grandes bases de dados observacionais para encontrar relações desconhecidas entre os dados e resumi-los em formas novas que sejam compreensíveis e úteis ao dono do dado" ¹¹⁻¹². Ocorre, porém, que muitos cidadãos estão tendo os seus dados coletados sem que haja consentimento, impondo, assim, novos desafios ao direito no que se refere à proteção de dados.

O artigo 2º, II da Lei nº 13.709/2018, por sua vez, fixa como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais a autodeterminação informativa. Dessa forma, o presente artigo irá analisar se, da forma posta

⁷ BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm#art65...>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁸ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht (Erste Senat)*. Julgamento conjunto nº 65 das Reclamações Constitucionais nº 209/83, 269/83, 362/83, 420/83, 440/83, 484/83. Data de julgamento: 15 dez. 1983. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html>. Acesso em: 01 mar. 2020.

⁹ EUROPA. *Diretiva 95/46/EC*, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%63A31995L0046>> Acesso em: 01 mar. 2020.

¹⁰ *Idem* nota 6.

¹¹ HAND, David; MANNILA, Heikki; SMYTH, Padhraic. *Principles of Data Mining*. Cambridge: MIT Press, 2001. ISBN: 026208290x.

¹² Por dono do dado, nesse contexto, entender a pessoa que realiza o processamento do mesmo.

na Lei Geral de Proteção de Dados, referido fundamento é forma textualmente eficiente de garantir o direito à proteção de dados pessoais.

Para isso, utilizando-se do método dedutivo e dialético, será inicialmente definido o que se entende por eficiência, usando, para tanto, os conceitos de análise econômica do direito. Após, será estruturado o conceito de eficiência textual, identificando possíveis lacunas ou antinomias na LGPD em relação aos desafios postos pela mineração de dados na garantia do sigilo do voto. Por fim, será indicado se o a autodeterminação informativa é suficiente à garantia do direito à privacidade de dados ou se seria necessária atividade legislativa complementar com vistas à garantia do sigilo do voto.

1. Mineração de dados: algumas noções

Primeiramente, faz-se necessário, com vistas a uma melhor compreensão por parte do leitor, uma breve introdução acerca da temática da mineração de dados. Cabe ressaltar, entretanto, que serão abordados apenas os conceitos necessários ao entendimento da problemática trabalhada, haja vista ser este um escrito eminentemente jurídico.

Como dito anteriormente, a mineração de dados pode ser definida como a análise de grandes bases de dados para descobrir relações entre esses e apresentá-los de forma compreensível e útil àquele que processa o dado.

Lado outro, segundo Hand, Manilla e Smyth¹³, a mineração de dados pode ter por objetivos, entre outros: explorar os dados, sem um objetivo pré-determinado; modelagem preditiva, usada para construir um modelo usado na predição de uma variável; e descoberta de padrões, que usa técnicas de associação para descobrir combinações que ocorrem com certa frequência.

Observa-se, pois, que a mineração de dados propicia métodos passíveis de serem usados na seara eleitoral, por tudo, na descoberta de

¹³ *Idem* nota 11.

padrões. Prova disso é que, segundo Ahamed, Dey e Newaz¹⁴, o uso do algoritmo conhecido como *Random Florest Tree* apresentou 98,17% de precisão na previsão dos resultados das eleições legislativas americanas de 1984. Ademais, a mineração provou, através do conhecido escândalo *Cambridge Analytica*¹⁵, seu potencial para uso em campanhas e potenciais violações legais.

Resta claro, pois, ao final desta seção, que a mineração de dados tem usos comprovados na geração de perfis ideológicos do eleitorado com vistas ao direcionamento da propaganda eleitoral e o convencimento do eleitor.

2. Voto secreto: um estudo hermenêutico de seu núcleo.

2.1 Núcleo material do direito ao sigilo do voto.

Com base na parte 1 deste artigo, viu-se que a mineração de dados coloca novas realidades a serem reguladas pelo direito. A que aqui será trabalhada é a possível violação do sigilo do voto, considerando o percentual de acerto que os algoritmos alcançam. Para tanto, é necessária, primeiramente, uma investigação, por evidente não exaustiva, acerca do núcleo hermenêutico do direito ao sigilo do voto.

Previsto no artigo 60, § 4º, II da Constituição Federal de 1988 (CF/88)¹⁶, o voto secreto, conforme Barroso¹⁷, visa proteger a liberdade de participação política, a qual deve estar imune a injunções externas indevidas e constitui verdadeira prescrição objetiva; não, cláusula geral

¹⁴ AHAMMED, Sohel; DEY, Arunavo; NEWAZ, Hamid. *Analyzing political opinions and prediction of voting patterns in the US election with data mining approaches*. *Global journal of political science and technology*, Framingham, vol. 19, nº 2, p. 36-41, 2019.

¹⁵ Escândalo político no qual veio a público o uso de dados pessoais obtidos em redes sociais para captar informações e criar perfis psicológicos e políticos com vistas ao direcionamento de propaganda eleitoral voltada ao convencimento individual do eleitor.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2020.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

principiológica. Ademais, por estar no rol das cláusulas pétreas, segundo Ferreira Filho¹⁸, o voto secreto foi posto como núcleo intangível da ordem política brasileira.

Um outro entendimento que é útil nesse contexto foi o fixado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e mencionado alhures (para o acórdão, em alemão, *vide* nota 8). *In casu*, examinou-se a constitucionalidade da previsão, na Lei do Censo de 1983, da possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos, bem assim a transmissão dos dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.

Muito embora não trate especificamente de um contexto eleitoral, tal precedente atine à constitucionalidade da coleta e transmissão de dados dos cidadãos sem o consentimento desses¹⁹. Assim, suas conclusões são aplicáveis no presente artigo, que, reitere-se, trata da manutenção da garantia do sigilo do voto de cada cidadão a partir de informações coletadas dos mesmos, as quais, em última análise, são dados.

Insta consignar, por conseguinte, que, conforme Benda *et al*²⁰, eventuais restrições ao princípio da autodeterminação informativa devem ser pautadas pelo interesse predominante da coletividade, pelo princípio da proporcionalidade e por uma base constitucional com máxima clareza normativa. Ademais, são necessárias medidas processuais e técnicas que assegurem o tratamento dos dados na medida do consentimento conferido por seu titular.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 202, p. 11-17, out-dez. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹⁹ Na LGPD, tratamento significa toda e qualquer operação realizada com dados pessoais, entre as quais, a coleta de dados (artigo 5º, X da Lei nº 13.709/2018).

²⁰ BENDA, Ernst; HENSCHHEL, Johann Friedrich; HESSE, Konrad; HEUßNER, Hermann; KATZENSTEIN, Dietrich; NIEDERMAIER, Franz; NIEMEYER, Gisela; SIMON, Helmut. *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* nº 65. In: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer, 2005, p. 233-245.

2.2 Da interpretação do núcleo material do sigilo do voto.

Viu-se, na parte 2.1 deste artigo, que o sigilo do voto está ligado, entre outros, à necessidade de garantir a liberdade de participação política imune a influências externas indevidas e que, mais que isso, possui *status* de prescrição objetiva, não, cláusula geral principiológica. Por outra o sigilo do voto é núcleo intangível da ordem política brasileira e, em seu núcleo, considera o predomínio do interesse da coletividade. Ademais, é necessário que a legislação acerca de eventuais restrições ao princípio da autodeterminação informativa sejam pautadas pela proporcionalidade, por uma base constitucional com máxima clareza normativa e que, demais disso, haja a garantia do consentimento do titular dos dados para o uso específico e de medidas técnicas e processuais adequadas à segurança dos votos.

Antes do estudo desses fundamentos, necessário colocar que a análise dos mesmos será pautada pelos princípios do efeito integrador e da concordância prática. O primeiro, para Sarlet (2017, p. 218-219)²¹, objetiva a integração política e social como critério fundamental na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, desde que a solução encontrada esteja em conformidade com os parâmetros da Constituição. Torna-se útil no caso em concreto, pois conserva a unidade constitucional, permitindo

Já o princípio da concordância prática tem por objetivo a coordenação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício de um em relação ao outro²². *In casu*, estão em conflito o direito ao voto secreto, previsto no art. 6º, § 4º, II da Constituição Federal de 1988²³, e o direito à propaganda eleitoral, implicitamente previsto no art. 1º, V, CF/88²⁴, que coloca como um dos princípios da República, o pluralismo político. Por sua

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2010.

²³ *Vide* nota 16.

²⁴ *Ibidem*.

vez, conforme LIMA (2013, p. 135)²⁵, há relação entre o pluralismo político e a propaganda eleitoral porquanto o primeiro deixa-se traduzir pelo direito à liberdade de manifestação de pensamento, previsto no art. 5º, IX, CF/88 e a propaganda eleitoral é, consoante Pimentel ²⁶, a difusão comunicacional lícita da manifestação de pensamento.

Adentrando pelo núcleo material fixado na parte 2.1, viu-se que, para garantir o segredo do voto, a participação política, gênero do qual o voto é espécie, deve estar imune a injunções externas indevidas, constituindo essa verdadeira prescrição objetiva; não, cláusula geral principiológica. Disso, aduz-se que o sigilo do voto é uma conduta obrigatória e limite da atuação do poder político²⁷. A partir disso, admite-se, pois, que garantir o voto secreto é peça fundamental do sistema democrático e um compromisso assumido pelo Estado quando da Constituinte.

Muito embora, como visto alhures, para Barroso, o voto secreto constitua regra constitucional, para o autor deste artigo, o sigilo do voto também possui natureza principiológica, haja vista, na esteira do afirmado por Barcellos²⁸, consistir verdadeiro mandamento fundamental na interpretação das normas jurídicas e, por conseguinte, elemento conformador das políticas públicas e das decisões judiciais.

Outro elemento que deve ser considerado na definição do núcleo do voto secreto é o predomínio do interesse coletivo, o princípio da proporcionalidade e a necessidade de uma base constitucional clara. De princípio, a imprescindibilidade de uma fundamentação constitucional na regulação dos conflitos surgidos entre o direito ao sigilo do voto e a mineração de dados decorre do status de cláusula pétrea que o voto secreto

²⁵ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Comentários ao artigo 1º, V. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 135-136.

²⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire. *Propaganda eleitoral: poder de polícia e tutela provisória nas eleições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁷ *Idem* nota 17.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paulo de. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97-102.

possui, sendo, nessa condição, parte fundante do Estado democrático de direito brasileiro.

No que se refere ao uso do princípio da proporcionalidade, observa-se que, segundo Sarlet²⁹, esse traduz-se na coibição de excessos por parte do Estado, bem assim no dever de proteção estatal. Ainda conforme Sarlet³⁰, esse dever de proteção, por sua vez, divide-se em três níveis de proteção: a medida interventiva deve ser apropriada na promoção dos fins defendidos; deve ser a menos restritiva possível e deve preservar a adequação entre os meios utilizados e o fim almejado.

Por fim, são necessárias, na garantia do sigilo do voto, medidas processuais que assegurem o tratamento dos dados na medida do consentimento fornecido pelo seu titular. Nesse quesito, já consignou Pimentel³¹ que as tutelas provisórias, especificamente a cautelar, são instrumentos compatíveis com a celeridade exigida pelos conflitos eleitorais e forma apta a tutelar direitos violados em decorrência de abuso do direito à propaganda eleitoral.

Insta consignar, porém, que entende esse autor que não apenas o sistema de tutelas provisórias, mas também o *compliance* é uma forma preventiva de garantir o direito ao sigilo do voto. Entretanto esse ponto específico demandará estudos posteriores e específicos, pelo que não será aprofundado.

3. Da perspectiva jurídica do conceito de eficiência

Viu-se, no capítulo 1, uma definição da técnica de mineração de dados e os desafios que a mesma põe à preservação do sigilo do voto, haja vista já ser capaz de acertar o resultado de uma eleição com uma probabilidade de 98,17%.

²⁹ *Idem* nota 21.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem* nota 26.

No capítulo 2, por sua vez, trabalhou-se a ideia de que o sigilo do voto agrega, em seu núcleo, a necessidade de garantir a liberdade de participação política imune a influências externas indevidas, que possui *status* de prescrição objetiva, não, cláusula geral principiológica. Lado outro, o voto secreto ainda constitui parte do núcleo intangível da ordem política brasileira e, nas suas eventuais restrições, sempre deve ser considerado o interesse predominante da coletividade.

Ademais, é necessário que a legislação acerca de eventuais restrições ao princípio da autodeterminação informativa sejam pautadas pela proporcionalidade, por uma base constitucional com máxima clareza normativa e que, demais disso, haja a garantia do consentimento do titular dos dados para o uso específico e de medidas técnicas e processuais adequadas à segurança dos votos.

Agora, de posse desses conceitos, será analisada a eficiência textual do artigo 2º, II da Lei Geral de Proteção de Dados³², que estabelece, como fundamento da proteção de dados no Brasil, a autodeterminação informativa. Antes, porém, faz-se necessário um estudo acerca do sentido de eficiência textual empregado no presente artigo.

De início, tem-se que a eficiência é um conceito tipicamente associado à economia, especificamente, à capacidade de conseguir um melhor rendimento com uma quantidade de recursos igual ou menor. Entretanto, a eficiência também pode ser utilizada para analisar a redação de um texto, identificando lacunas ou antinomias.

Dessa forma, a utilização do conceito de eficiência neste artigo é cabível e necessária, porquanto a economia fornece, a partir da aplicação de seus conceitos típicos, uma teoria capaz de prever os efeitos de sanções legais no comportamento humano³³. Neste tópico, ele será usado para avaliar a capacidade da autodeterminação informativa na garantia da privacidade dos dados dos cidadãos.

³² Idem nota 7.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson: London, 2016.

Para isso, inicialmente, serão apresentados diversos conceitos de eficiência elaborados por teóricos da Análise Econômica do Direito. A partir desses, será construída a definição de eficiência a ser aplicada neste trabalho. Após, com base no conceito de eficiência construído, será analisado o princípio da autodeterminação informativa, investigando a existência de uma possível lacuna normativa.

3.1 Do conceito de eficiência a partir das colaborações de Cooter e Ulen, Pareto, Kaldor-Hicks, Mankiw e do teorema de coase.

A eficiência, na perspectiva econômica, pode ser definida, segundo Cooter e Ulen ³⁴, como a situação em que não é possível fornecer a mesma quantidade de produtos com uma combinação mais barata de insumos ou quando não é possível produzir mais usando a mesma combinação de insumos.

No presente trabalho, porém, será utilizado um conceito de eficiência construído a partir das interpretações do movimento "Análise Econômica do Direito", cabível e necessário, haja vista, conforme Cooter e Ulen³⁵, a economia fornecer, a partir da aplicação de seus conceitos típicos, uma teoria capaz de prever os efeitos de sanções legais no comportamento humano.

A eficiência de Pareto ou eficiência alocativa lida com satisfação de preferências individuais e surge quando, em uma situação, é impossível mudá-la para melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a situação de nenhum outro. Saliente-se, ademais, que a melhora ou piora da situação é avaliada a partir de uma perspectiva individual e que, nesse critério, caso um indivíduo seja prejudicado, deve ser indenizado até que a alteração no quadro fático seja indiferente para ele, sob pena de poder vetar a transação ³⁶.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

Na eficiência de Kaldor-Hicks³⁷⁻³⁸, é possível que haja indivíduos prejudicados desde que os mesmos sejam compensados. Essa reparação, entretanto, segundo Cooter e Ulen (2016, p. 42-43)³⁹, não é obrigatória, embora deva ser possível. Acrescentam, ainda, que o benefício auferido deve ser maior do que o prejuízo ocasionado a quem recebe a indenização.

Para Mankiw⁴⁰, eficiência consiste na capacidade social de retirar a maior quantidade de benefícios a partir dos recursos naturalmente escassos.

O Teorema de Coase⁴¹, por sua vez, pode ser assim colocado: quando não há custos de transação, por exemplo, acompanhamento de tratativas, o uso eficiente de recursos resultará da negociação particular, independente das disposições legais, pois não se deve ater à causalidade do dano, mas sim à eficiência alocativa de recursos.

Entretanto, quando os custos de transação são altos a ponto de evitar a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da distribuição dos direitos de propriedade, os quais, para Coase⁴², no sistema de *common law* do referido autor, eram influenciados pela atuação das Cortes, verdadeiras otimizadoras da alocação de recursos, diante dos conflitos que lhes são apresentados, ainda que de forma empírica e pouco teórica.

No *civil law* brasileiro, porém, o uso eficiente dos recursos dependerá, primordialmente, da determinação legal, conforme se extrai do princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, CF/88 da Constituição Federal de 1988⁴³.

³⁷ HICKS, John Richard. *The foundations of welfare economics*. **The economic Journal**, Oxford, vol. 49, nº 196, p. 696-712, dez. 1939.

³⁸ KALDOR, Nicholas. *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*. **The economic Journal**, Oxford, vol. 49, nº 195, p. 549-552, set. 1939.

³⁹ *Idem* nota 33.

⁴⁰ MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of economics*. Boston: Cengage Learning, 2018.

⁴¹ COASE, Ronald Harry. *The problem of social cost*. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, n. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível a partir de: <<https://www.journals.uchicago.edu/toc/jle/1960/3/>> Acesso em: 28 jan. 2020.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Idem* nota 16.

A partir de referido marco teórico, será elaborado o conceito de eficiência tomando-se por base a realidade com a qual os operadores do direito poderão se deparar, evitando, assim, uma visão mais técnica que seria pertinente à área de economia pura.

De início, tem-se que o entendimento de Pareto é passível de adoção caso se interprete as preferências individuais não como desejos materialistas, mas como a garantia do direito ao sigilo do voto, o qual, em última análise, é um direito de cada indivíduo e que, pela relevância cívica, possui importância coletiva.

O conceito de Mankiw, igualmente, embora se reconheça seu acerto e as claras repercussões no cotidiano social, é estritamente construído pela economia, pelo que também não será adotado neste trabalho.

A proposição de Coase, por sua vez, é acertada no que se refere à influência das leis, especialmente no Sistema Brasileiro, na determinação da conduta humana, o que é extraído do artigo 5º, II, CF/88. Ainda, das proposições de Coase, pode-se extrair a relevância das cortes na preservação do sigilo do voto.

Por fim, o conceito de Kaldor-Hicks é acertado ao trazer a ideia de compensação financeira às violações do sigilo do voto, o que se coaduna com o art. 5º, V e X da Magna Carta de 1988, que assegura a reparação integral do dano como direito fundamental. Insta salientar, porém, que, devido à natureza coletiva do bem tutelado, o importe dessas indenizações deve ser destinado a algum fundo coletivo.

Por outra, no conceito de Kaldor-Hicks, o benefício auferido deve ser maior do que o prejuízo ocasionado a quem recebe a indenização. Essa premissa também condiz com o sistema jurídico brasileiro e com a lógica de mercado, porquanto, caso o prejuízo fosse maior que o benefício, a indenização a que o causador do dano estaria obrigado superaria o seu ganho, sendo essa postura, pois, ineficiente. Outrossim, poder-se-ia caracterizar, inclusive, ato ilícito, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código

Civil⁴⁴, por violar direito de outrem e exceder os limites impostos pelo fim econômico.

A partir dessas contribuições, tanto da análise econômica do direito quanto as colocadas no tópico 2, tem-se o conceito de eficiência adotado neste trabalho: a garantia do sigilo do voto, no contexto do uso da mineração de dados, deve passar pela garantia da liberdade de participação política imune a influências externas indevidas, que a legislação acerca de eventuais restrições ao princípio da autodeterminação informativa sejam pautadas pela proporcionalidade, por uma base constitucional com máxima clareza normativa e que, demais disso, seja garantido o consentimento do titular dos dados para o uso específico de suas informações, com medidas técnicas e processuais adequadas à segurança dos votos.

Como medida repressiva a eventuais infrações, devem ser prevista sanções, financeiras ou não, bem assim que eventuais recursos captados com multas sejam destinadas a uma espécie de fundo coletivo, haja vista a natureza coletiva do direito tutelado.

3.2. A eficiência textual: a lacuna do artigo 2º, II da Lei Geral de Proteção de Dados na garantia do sigilo do voto.

A partir do conceito de eficiência elaborado no capítulo 3.1 e examinando-se a literalidade do artigo 2º, II da Lei Geral de Proteção de Dados, observa-se parcial conformidade com o conceito elaborado. Explica-se.

De princípio, observa-se, no artigo 52 da Lei nº 13.709/2018, um rol de punições administrativas oponíveis a agentes de tratamento em caso de violações ao direito à privacidade de dados. A mais severa de todas, por sua vez, é a proibição, parcial ou total, das atividades de tratamento de dados. Isso, por sua vez, mostra a consonância com o conceito de eficiência

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

no tocante à previsão de formas de tutela administrativas do direito à privacidade. Entretanto, carece o Poder Público de estabelecer, a semelhança da Information Commissioner's Office (ICO)⁴⁵, agência britânica de proteção de dados, guias publicamente acessíveis que permitam aos cidadãos e às empresas adequar-se à nova realidade de proteção de dados.

Em relação à máxima clareza normativa, há projeto de emenda constitucional (PEC nº 17/2019, atualmente na Câmara dos Deputados)⁴⁶, que prevê estabelecer a privacidade de dados pessoais como direito fundamental e atribuir à União competência privativa para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Quanto à garantia da liberdade de participação política imune a influência externas indevidas, necessário se faz que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), quando de sua constituição definitiva, no uso de suas competências previstas no artigo 55-J, por tudo nos incisos VI e VII da Lei nº 13.709/2018⁴⁷, promover, na população, o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança, bem assim promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade.

Lado outro, cabe à ANPD promover auditorias regulares em empresas suspeitas de violações ao direito de proteção de dados, bem assim estimular a adoção de políticas de segurança da informação, seguindo padrões técnicos internacionalmente aceitos, a exemplo da norma ISO nº 27701⁴⁸ e assemelhadas, que apresentam padrões de segurança a serem seguidos pelas organizações no tratamento de dados

⁴⁵ Por tudo, o Guia para a GDPR, disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Projeto de emenda à Constituição nº 17 de 3 de julho de 2019. Disponível a partir de: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁷ *Idem* nota 7.

⁴⁸ REINO UNIDO. *International Standardization Organization nº 27701*, de 01 de agosto de 2019. Disponível a partir de: <<https://www.iso.org/standard/71670.html>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

peçoais. Deve-se, ademais, adotar padrões de publicização acerca da conduta das empresas, preservando o sigilo industrial, mas exigindo, por exemplo, a demonstração do caminho seguido pelas informações das pessoas dentro da empresa.

O respeito à proporcionalidade na regulação do uso da mineração de dados no contexto eleitoral, embora careça de regulação aprofundada, a qual só virá com a atuação da ANPD, no artigo 2º, V, LGPD⁴⁹, coloca-se que a proteção de dados também terá como fundamento o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação. E porquanto um dos fundamentos da república brasileira é o valor social da propriedade e da livre iniciativa (art. 1º, III, CF/88),⁵⁰ a LGPD e o princípio da autodeterminação informativa não são suficientes à garantia do necessário equilíbrio entre o direito ao desenvolvimento tecnológico e a preservação do sigilo do voto.

Por tudo que foi exposto e diante da complexidade do direito ao sigilo do voto e dos mecanismos necessários à sua garantia, pode-se observar-se que há uma lacuna normativa na Lei nº 13.709/2018 e que tão somente o princípio da autodeterminação informativa é ineficiente à garantia do sigilo do voto, compreendendo-se lacuna normativa como a de certo modo esperada insuficiência da norma na previsão de determinado comportamento⁵¹.

Conclusões

Ao longo do presente artigo, observou-se, inicialmente, que a mineração de dados coloca desafios à garantia do sigilo do voto, haja vista seus altos índices de acerto do resultado de eleições, de mais de 95%, conforme exposto no item 1.

⁴⁹ *Idem* nota 7.

⁵⁰ *Idem* nota 16.

⁵¹ FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012.

Igualmente, no item 2, viu-se que o sigilo do voto está ligado à garantia da participação política imune a influências externas indevidas, até por consistir núcleo político intangível e profundamente associado ao interesse coletivo. Ademais, é necessário que a legislação acerca de eventuais restrições ao princípio da autodeterminação informativa seja pautada pela proporcionalidade, por uma base constitucional com máxima clareza normativa e que, demais disso, haja a garantia do consentimento do titular dos dados para o uso específico e de medidas técnicas e processuais adequadas à segurança dos votos.

Por fim, no item 3, viu-se que há uma lacuna normativa no texto da LGPD, haja vista, da forma como está escrita, não ser capaz de garantir a ausência de influências externas, demandando, pois, uma regulação específica, além de uma intensa atividade da ANPD, quando em plena atividade.

Dessa forma, aduz-se que, com base no conceito de eficiência elaborado neste trabalho, o conceito de autodeterminação informativa é insuficiente à garantia de todos os pressupostos materiais necessários à garantia do sigilo do voto e exposto no item 2.1, demandando, assim, regulação específica em ato normativo próprio.

Referências

ABRANCHES, Paulo Henrique Jurza; RIBEIRO, Jurema Suely de Araújo Nery; SOARES, Marco Antônio Calijorne; ZIVIANI, Fabrício. *The articulation between innovation and competences anchored by knowledge management aiming sustainable competitive advantage*. **Brazilian Journal of Information Science**, Marília, v. 12, n. 2, p. 52-63, ago. 2018. Disponível em: < <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjis/article/view/7406/5130>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

AHAMMED, Sohail; DEY, Arunavo; NEWAZ, Hamid. *Analyzing political opinions and prediction of voting patterns in the US election with data mining approaches*. **Global journal of political science and technology**, Framingham, vol. 19, nº 2, p. 36-41, 2019.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht (Erste Senat)*. Julgamento conjunto nº 65 das Reclamações Constitucionais nº 209/83, 269/83, 362/83, 420/83, 440/83, 484/83. Data de julgamento: 15 dez. 1983. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvro20983.html. Acesso em: 01 mar. 2020.

BARCELLOS, Ana Paulo de. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97-102.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENDA, Ernst; HENSCHER, Johann Friedrich; HESSE, Konrad; HEUßNER, Hermann; KATZENSTEIN, Dietrich; NIEDERMAIER, Franz; NIEMEYER, Gisela; SIMON, Helmut. *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung n° 65*. In: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Berlin: Konrad-Adenauer, 2005, p. 233-245.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 21 jan. 2020.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm#art65. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de emenda à Constituição nº 17 de 3 de julho de 2019. Disponível a partir de: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2010.

- COASE, Ronald Harry. *The problem of social cost*. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, n. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível a partir de: <https://www.journals.uchicago.edu/toc/jle/1960/3/> + Acesso em: 28 jan. 2020.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson: London, 2016.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *California Consumer Privacy Act*, de 28 de junho de 2018. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375. Acesso em: 01 mar. 2020.
- EUROPA. *Diretiva 95/46/EC*, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- EUROPA. *General Data Protection Regulation*, de 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 202, p. 11-17, out-dez. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- HAND, David; MANNILA, Heikki; SMYTH, Padhraic. *Principles of Data Mining*. Cambridge: MIT Press, 2001. ISBN: 026208290x.
- HICKS, John Richard. *The foundations of welfare economics*. **The economic Journal**, Oxford, vol. 49, n° 196, p. 696-712, dez. 1939.
- REINO UNIDO. *International Standardization Organization n° 27701*, de 01 de agosto de 2019. Disponível a partir de: <https://www.iso.org/standard/71670.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- KALDOR, Nicholas. *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*. **The economic Journal**, Oxford, vol. 49, n° 195, p. 549-552, set. 1939.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Comentários ao artigo 1º, V. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 135-136.

MANKIW, Nicholas Gregory. *Principles of economics*. Boston: Cengage Learning, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MURRAY, Gregg R.; SCIME, Anthony. *Microtargeting and Electorate Segmentation: data mining the american national election studies*. **Journal of political marketing**, Londres, vol. 9, nº 3, p. 143-166, ago. 2010.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *Propaganda eleitoral: poder de polícia e tutela provisória nas eleições*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

REINO UNIDO. *Guide to the general data protection regulation (GDPR)*. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. *International Standardization Organization nº 27701*, de 01 de agosto de 2019. Disponível a partir de: <https://www.iso.org/standard/71670.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Nova York: Crown Business, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *General Data Protection Regulation*, de 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Nova York: PublicAffairs, 2019.

**O fenômeno da “uberização”:
desafio para a efetividade dos
direitos sociais constitucionalizados,
diante das novas formas de trabalho do século XXI**

Aline Pires Gomes

Fábio Túlio Barroso

Introdução

As sociedades contemporâneas estão crescendo cada vez mais pautadas nas novas tecnologias criadas pelo homem, sendo reflexo direto da vivenciada Quarta Revolução Industrial, que impacta, atualmente, diversos setores da sociedade. Uma dessas inovações foi a criação de aplicativos digitais, que provocaram o conseqüente surgimento da economia fundada na demanda, conhecida como Economia de Compartilhamento ou GIG Economy, possuindo ainda diversas outras denominações sem uma definição consentânea na doutrina.

Por meio desse novo fenômeno, surge o que se conhece como “Uberização”, que inaugurou uma nova forma de trabalho, pautada na demanda, em que o prestador de serviços utiliza o aplicativo para conectar consumidores e oferecer o seu serviço. A denominação decorre do aplicativo mais conhecido e inaugural, servindo como paradigma para as mais diversas atividades de conexão entre serviços e consumidores com essa característica. Esse novo tipo de trabalho iniciou um debate mundial sobre qual seria a natureza da relação jurídica entre a empresa representada pelo aplicativo e o prestador de serviços.

Assim, conforme será observada, através do método dedutivo e de leituras acerca da temática, essa nova relação originada da *Gig Economy* constitui-se em uma forma de precarização do trabalho, sendo um modelo disruptivo, que promove a exploração de mão de obra sem observância dos direitos trabalhistas constitucionais, sendo uma afronta à Carta Magna e ao contexto histórico de luta humana pela proteção do trabalhador, econômica e juridicamente hipossuficiente, como afronta às diretrizes de manutenção do Estado Democrático de Direito, estabelecido seus postulados básicos de expansão dos Direitos Fundamentais calcados como elemento teleológico do caput do art. 7º da carta maior.

1. Breve contexto histórico sobre a evolução constitucional e a proteção ao trabalhador.

É fato que a classe de trabalhadores sempre buscou ao longo da história, lutar pela efetiva tutela dos seus direitos trabalhistas, buscando a proteção do Estado ou autonomia para garantir o equilíbrio da relação laboral, em que figuram econômica e juridicamente hipossuficientes.

Nesse contexto após a crise do Estado de Direito ou Estado Liberal, marcado pelos direitos fundamentais de primeira geração, surgiu-se a necessidade de um modelo estatal que efetivamente garantisse os direitos sociais, ou de segunda geração ou dimensão, como forma de consolidar direitos necessários para a sociedade como um todo, como saúde, educação, segurança, dentre outros.

O Estado Liberal foi marcado pelo denominado liberalismo jurídico, o qual possuía o objetivo primordial de um Estado que garantisse os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes. A principal característica do liberalismo seria a proteção dada aos indivíduos, de forma particular. (MORAES, 2014)¹

¹ MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 204, out./dez. 2014.

O principal movimento que marcou o início e a consolidação do Estado Liberal foi a Revolução Francesa, que rompeu com a política e a ideologia do século XIX e foi caracterizada por ter sido conduzida pelas partes mais desfavorecidas do Terceiro Estado, quais sejam, pelos camponeses pobres, que se alinharam à nova burguesia. (MORAES, 2014)²

O Liberalismo, desse modo, foi marcado pela abstenção do Estado nas relações sociais e em diversos setores sociais, como a economia. Urge destacar que o Estado Liberal surgiu em um contexto histórico resultado das revoluções da classe social inaugural da época, a burguesia, que buscava romper com a estrutura absolutista e com os privilégios sociais. Conforme bem ressaltado pelo ilustre Procurador do Estado de São Paulo, Enio Moraes da Silva³, em seu estudo *O Estado Democrático de Direito*:

A submissão do Estado ao Direito é resultado das revoluções burguesas do século XVIII, surgidas em oposição ao absolutismo, para colocar os governantes sob a vontade da lei (princípio da legalidade), sendo esta produto da vontade geral do povo ou da nação, mas com o objetivo de manter o poder público na passividade, respeitando as liberdades fundamentais do indivíduo (as chamadas liberdades públicas ou liberdades negativas).

Como bem colocado pelo ilustre Ricardo Quartim de Moraes⁴, em seu estudo *A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*, um dos principais aspectos do Estado Liberal é justamente as limitações dadas ao Estado, representado pelo soberano. Segundo o autor:

As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza. Tais limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que ao fim prevaleceu no seio da Revolução Francesa objetivava a criação de um mercado autorregulado imune a interferências estatais de qualquer gênero.

² Idem.

³ DA SILVA, Enio Moraes. *O Estado Democrático de Direito*, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

⁴ MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 204, out./dez. 2014.

O autor⁵ supramencionado também destaca o principal caractere do Estado Liberal, trazendo à tona a sua principal finalidade: de limitar o poder, utilizando-se, para isso, da “autocontenção”. *In litteris*:

O Estado Burguês de Direito se caracteriza por uma ideologia de manutenção do status quo, de aversão à mudança. Sua finalidade é sua própria autocontenção, excetuadas apenas as hipóteses de ameaça à segurança individual. Qualquer ação política transformadora se encontra automaticamente fora desse espectro e, assim, fora do campo de legalidade.

O Estado Liberal ou de Direito é marcado, assim, pela reunião concomitante de dois elementos fundamentais: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem. (DA SILVA, 2005).⁶

Além disso, o Estado Liberal traz em sua essência a proteção de três princípios ou diretrizes imprescindíveis da época em que ascendeu: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justicialidade, conforme destaca o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *A democracia Possível*. (FERREIRA FILHO, 1972)⁷

Apesar de ter operado significativas mudanças na sociedade, o Estado Liberal entrou em declínio logo após a Primeira Guerra Mundial, em um cenário de grande crise nos setores políticos e econômicos das nações.

Um dos principais motivos que ensejaram no declínio do modelo de Estado pautado no liberalismo foi justamente uma questão de sua natureza intrínseca: o Estado estava pautado na legalidade, em que a lei atuava como instrumento garantidor da limitação aos poderes do Estado e ao respeito dos direitos individuais, políticos e civis. Como bem asseverado por Enio Moraes da Silva⁸:

⁵ Idem.

⁶ DA SILVA, Enio Moraes. *O Estado Democrático de Direito*, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

⁸ DA SILVA, Enio Moraes. *O Estado Democrático de Direito*, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

A preponderância da lei no Estado Liberal, como meio de contenção dos poderes do Estado e como forma de garantia das liberdades negativas, levou a um culto da lei, que transmutou o Estado de Direito em mero Estado de legalidade.

Nesse contexto, surge-se a necessidade de criação de um Estado que promovesse a intervenção na ordem social e na ordem econômica, de modo a garantir não apenas os direitos individuais, civis e políticos, mas também os denominados direitos sociais (de segunda geração ou de segunda dimensão).

O Estado pautado unicamente pelo princípio da igualdade e da legalidade não era capaz de alterar a realidade no plano político entre os indivíduos, que permaneciam desiguais no plano concreto. A abstenção estatal característica do Estado de Direito fez com que os indivíduos permanecessem com o mesmo status quo, sem que houvesse a isonomia material entre eles. A sociedade continuava a ser estratificada, com meras garantias formais, sem que houvesse uma diretriz que proporcionasse uma mudança no quadro social.

Nesse toar, surgiu o Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social. Assim destacou Enio Moraes da Silva⁹:

O princípio de igualdade do Estado de legalidade não passava de um mero formalismo jurídico, que não alterava em nada a situação dos destinatários da lei. Ao contrário, a lei produzida nesse quadro político colhia e mantinha os cidadãos no estado em que se encontravam. A única garantia proporcionada por esse tipo de direito, como se sabe, era de uma liberdade negativa, uma abstenção do poder público. O elemento faltante, que deveria ir para além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era o encontro com o igualitarismo democrático, a conquista de um ideal de equalização econômica e de oportunidades.

Como bem apontado por Moraes, a classe operária foi fundamental para o impulso de luta pelos direitos sociais e pela criação de um Estado

⁹ Idem.

Social: “Ao mesmo tempo, o fortalecimento das organizações operárias elevou a questão dos direitos sociais à categoria de condicionante da plena participação política dos vários segmentos da sociedade (REGONINI, 1983, p. 416 apud. MORAES, 2014).¹⁰

Da mesma forma, o ilustre Enio Moraes da Silva¹¹ também destaca a luta operária como um dos fatores determinantes para a ascensão do Estado Social:

A pressão da sociedade que exigia solução para essa questão fez surgir o denominado Estado Social. Evidente que o aparecimento deste não ocorreu de maneira tão simplista. Outros fatores concorreram para que isso ocorresse. Nesse sentido, pode-se mencionar: a luta de classes, perpetrada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio.

O Estado Social, também conhecido como Well Fare State, é definido por Fábio Guedes Gomes¹² da seguinte forma:

“A definição de welfare state pode ser compreendida como um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa "harmonia" entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente.” (GOMES, 2006)

O Estado Social surgiu pautado no assistencialismo, haja vista que objetivava promover o equilíbrio entre o crescimento e o desenvolvimento

¹⁰ MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 204, out./dez. 2014.

¹¹ DA SILVA, Enio Moraes. *O Estado Democrático de Direito*, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

¹² GOMES, Fábio Guedes. *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*. Rev. Adm. Pública, vol.40, no.2, Rio de Janeiro, Mar./Apr. 2006.

econômico com a garantia dos direitos sociais aos indivíduos, ou seja, o bem-estar de seus cidadãos.

Entretanto, de maneira semelhante ao Estado Liberal, o Estado Social começou a entrar em declínio. O modelo do Well Fare State não era capaz, por si só, de promover o equilíbrio ideal entre o crescimento econômico e a manutenção das políticas públicas e sociais.

Como bem apontado por José Augusto Gomes Cruz, Mhércio Cerqueira Monteiro e Lucas Souza Lima Pamponet¹³, “O festejado modelo do Welfare State ou Estado do Bem-Estar não se sustentou em face de uma economia com acelerado crescimento inflacionário, elevados índices de desemprego, alto endividamento privado e público.”

Na esteira desse raciocínio, após o declínio do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito, que se apresenta como um novo modelo para promover a efetividade do ordenamento jurídico e para garantir a tutela dos bens jurídicos no plano concreto.

Insta destacar que tal modelo estatal não se apresenta como um simples somatório dos outros modelos. Conforme bem apontado por Ricardo Quartim de Moraes¹⁴:

O Estado de Direito Liberal, com toda a carga ideológica a ele subjacente, não é capaz e nunca teve a finalidade de abordar as desigualdades sociais que marcam nossa sociedade atual e cuja erradicação constitui uma das principais tarefas do Estado Democrático de Direito. (MORAES, 2014)

O Estado Democrático de Direito revolucionou os modelos estatais por ser pautado pela soberania popular, como resultado histórico das lutas humanas pela participação no seio social.

Conforme asseverado por Enio Moraes da Silva¹⁵:

¹³ CRUZ, José Augusto Gomes; MONTEIRO, Mhércio Cerqueira e PAMPONET, Lucas Souza Lima. *A crise do welfare state e a ascensão do terceiro setor*. Revista Âmbito Jurídico nº 163 – Ano XX – Agosto/2017.

¹⁴ MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 204, out./dez. 2014.

¹⁵ DA SILVA, Enio Moraes. *O Estado Democrático de Direito*, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

Necessário dizer que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando se constata que ele propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio. Há autores, inclusive, que defendem que o Estado atual deve ser denominado de Estado Democrático de Direitos Humanos. Em resumo, o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, tem-se que o Estado Democrático de Direito é, nos dias atuais, o modelo estatal que assegura a efetiva concretização da lei, retirando do plano da legalidade a sua mais pura e concreta realização, deixando de lado o mero formalismo jurídico e as políticas públicas ineficazes para trazer à realidade fática a garantia de cumprimento verdadeiro do ordenamento jurídico de um Estado.

Pelo cenário exposto, adentramos agora nos fenômenos sociais recentes que alteraram substancialmente as relações humanas nas sociedades contemporâneas, que colocaram a essência do Estado Democrático de Direito e a luta pela efetividade constitucional em jogo.

2. A Quarta Revolução Industrial e o surgimento do fenômeno da Uberização.

Primacialmente, é verídico constatar que a sociedade é produto de transformações que ocorrem nas mais diversas esferas de relações humanas. Cada sociedade se desenvolve ao longo do tempo, na medida em que a teia de relações entre os indivíduos vai se alterando.

Tal fato é comprovado pela observância das mudanças sociais que ocorreram ao longo dos últimos séculos. A primeira dessas grandes mudanças no âmbito social ocorreu em função da denominada Revolução Industrial, ou, mais precisamente, Primeira Revolução Industrial.

A Primeira Revolução Industrial, que ocorreu em meados de 1765 e foi inaugurada na Inglaterra, foi marcada substancialmente pela mecanização dos processos de produção.: com a invenção de máquinas e

equipamentos, o trabalho humano foi sendo substituído gradualmente pelo trabalho motor das máquinas. (A Voz da Indústria, 2018) ¹⁶

A invenção de novas máquinas permitiu que um novo modo de produção surgisse, pautado na produção em larga escala, com a utilização de maquinarias a vapor, com produção de energia por meio da extração de carvão mineral. (A Voz da Indústria, 2018) ¹⁷

Por sua vez, a Segunda Revolução Industrial foi marcada pelo surgimento da eletricidade e do petróleo como novas fontes de energia, em 1870, em substituição ao antigo e utilizado carvão mineral. Nessa época, começaram a surgir os primeiros automóveis, telefones e rádios. (A Voz da Indústria, 2018) ¹⁸

Urge ressaltar que foi durante essa Revolução que operaram, na sociedade, os modelos de produção conhecidos como Taylorismo e Fordismo.

O Fordismo foi um modelo de produção inaugurado pelo empresário norte-americano Henry Ford, que criou um modelo de produção que fosse capaz de permitir a expansão da indústria automobilística. Assim ele criou a linha de produção, em que cada trabalhador ficava responsável por uma parte do trabalho. (MOTTA, 2015) ¹⁹

Por sua vez, o Taylorismo foi outro modelo de produção, criado pelo engenheiro norte-americano Frederick Winslow Taylor, que inovou ao trazer à tona a ideia de que estudos científicos minuciosos deveriam combater os problemas que impediam o incremento da produção. Para ele, o treinamento, a especialização e o controle seriam as ferramentas

¹⁶ Caminho até a Indústria 4.0: os destaques das revoluções industriais. A Voz da Indústria, setembro/2018. Disponível em: < <https://avozdaindustria.com.br/ind-stria-40-totvs/caminho-ind-stria-40-os-destaques-das-revolu-es-industriais>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ MOTTA, Fernando Carlos Prestes; VASCONCELOS, Isabella Gouveia de. *Teoria Geral da Administração*. 3ª Ed. Ver. – São Paulo: Cengage Learning, 2015.

básicas que concederiam a interferência positiva na produtividade da indústria. (MOTTA, 2015) ²⁰

Sobre o Taylorismo, o professor e procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro, Rodrigo de Lacerda Carelli²¹, aponta as seguintes características:

Com a organização do trabalho sendo totalmente decomposta, o trabalho a ser objetivamente realizado pelo obreiro seria totalmente predeterminado pela gerência de administração, retirando-se toda e qualquer autonomia do trabalhador, que se restringiria a cumprir os movimentos pré-estabelecidos pelo empregador, tanto em relação à norma quanto ao tempo de cada operação. Quanto ao tempo, Taylor insistia na sua importância, criando inclusive a função de “cronometrista” dentro da planta industrial, para a verificação do cumprimento do tempo estabelecido para as operações determinadas a cada trabalhador.

Após tais fenômenos, é inaugurada a Terceira Revolução Industrial, no ano de 1969, após as duas Grandes Guerras Mundiais. Tal revolução foi marcada pela energia nuclear e pelo surgimento dos equipamentos eletrônicos, pela telecomunicação, pelos computadores, pela criação de robôs e máquinas automáticas. (A Voz da Indústria, 2018) ²²

Nessa época, também houve o desenvolvimento das pesquisas científicas em diversas áreas de conhecimento, como na biotecnologia e na ciência espacial, bem como o surgimento do novo modo de produção, o Toyotismo, criado pelos engenheiros Taiichi Ohno, Shingeo Shingo e Eiji Toyoda, entre os anos de 1948 e 1975. (A Voz da Indústria, 2018) ²³

Esse novo modelo de produção foi marcado pela flexibilização da produção, ao contrário do objetivo principal do modelo anterior – o

²⁰ MOTTA, Fernando Carlos Prestes; VASCONCELOS, Isabella Gouveia de. *Teoria Geral da Administração*. 3ª Ed. Ver. - São Paulo: Cengage Learning, 2015.

²¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão de obra*. São Paulo: Papyrus, 2014, pág. 27.

²² *Caminho até a Indústria 4.0: os destaques das revoluções industriais*. A Voz da Indústria, setembro/2018. Disponível em: < <https://avozdaindustria.com.br/ind-stria-40-totvs/caminho-ind-stria-40-os-destaques-das-revolu-es-industriais>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

²³ Idem.

fordismo, que buscava a máxima acumulação dos estoques —, o Toyotismo passou a buscar a adequação do estoque dos produtos conforme a demanda.

Nesse modo de produção, Rodrigo Carelli aponta ainda que “de uma estrutura verticalizada, onde uma grande empresa se ocupava de todas as etapas da produção industrial, passa-se para uma organização horizontalizada, descentralizando e externalizando parte da produção a outras empresas” (CARELLI, 2014)²⁴

Entretanto, a principal revolução que merece ser abordada é a que se opera nos dias atuais. A Quarta Revolução Industrial, também chamada Indústria 4.0, é caracterizada essencialmente pela interconexão de todas as etapas da produção. Ela surgiu em um contexto marcado pelo surgimento da digitalização das informações e da utilização dos dados como instrumentos para o avanço do crescimento da indústria. (A Voz da Indústria, 2018)²⁵

A Quarta Revolução Industrial tem sido uma das maiores preocupações da Contemporaneidade. Esse conceito foi desenvolvido pelo alemão Klaus Schwab, diretor e fundador do Fórum Econômico Mundial. Conforme destacado por Camila Marins²⁶, na reportagem *Uberização provoca reflexão sobre mundo do trabalho*, de 2016:

Em janeiro de 2016, durante o Fórum Econômico Mundial, em Davos, Suíça, uma das principais reflexões foi a instauração da Quarta Revolução Industrial, ou Indústria 4.0, que poderá implicar na perda de cinco milhões de empregos nos próximos cinco anos. Um documento da entidade que organiza o Fórum de Davos também aponta "grandes perturbações não só no modelo dos negócios, mas também no mercado de trabalho nos próximos cinco anos".

²⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização como intermediação de mão de obra*. São Paulo: Papyrus, 2014, pág. 27.

²⁵ *Caminho até a Indústria 4.0: os destaques das revoluções industriais*. A Voz da Indústria, setembro/2018. Disponível em: < <https://avozdaindustria.com.br/industria-40-totvs/caminho-industria-40-os-destaques-das-revolu-es-industriais>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

²⁶ MARINS, Camila. *Uberização provoca reflexão sobre mundo do trabalho*. Agosto, 2016. Disponível em: <<https://www.fisenge.org.br/index.php/noticias/item/3491-uberizacao-provoca-reflexao-sobre-mundo-do-trabalho>>. Acesso em 12 de janeiro de 2020.

É de bom alvitre mencionar que essa revolução surgiu com a utilização de subsídios da revolução anterior, a Terceira Revolução Industrial ou Revolução Informacional, que permitiu a expansão da Indústria 4.0 por meio da combinação da tecnologia com os sistemas digitais. Segundo Klaus Schwab²⁷, em seu livro *A Quarta Revolução Industrial*:

A quarta revolução industrial não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital.

Nesse toar, é notório constatar que a contemporaneidade está permeada por uma evolução tecnológica nunca antes percebida. Os antigos modos de operação e as relações anteriores passaram a serem substituídas por novos conceitos e mudanças nos mais variados setores sociais.

Na esteira desse raciocínio, inserido no contexto da Quarta Revolução Industrial e nas mudanças sociais proporcionadas pelo desenvolvimento tecnológico, surgiu o fenômeno da Economia Compartilhada, também conhecida como Economia de Compartilhamento, Uberização, Uberismo, GIG Economy, Work on Demand, Plataform Work, possuindo ainda diversas outras denominações sem uma definição consentânea na doutrina.

El ‘*crowdwork*’, al decir de Todolí, “consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria”.

Asimismo, el *crowdwork* posee cuatro dimensiones, que se combinan entre sí, y que pueden ser divididas en dos grupos.

En primer término, considerando la vía a través de la cual habrá de prestarse el servicio, conviene distinguir entre las prestaciones realizadas ‘en línea’

²⁷ SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. Ginebra: World Economic Forum, 2016.

(llamaremos a ello *crowdwork online*) y las que deben ejecutarse localmente, ‘fuera de línea’, en un lugar concreto (*crowdwork offline*).

En segundo lugar, es necesario discriminar el *crowdwork* en función del tipo de plataforma en la que se ofertan los servicios, pues existen plataformas genéricas, en donde se ofertan todo tipo de servicios (*crowdsourcing* genérico), y otras, específicas, a través de las cuales se realizan ofertas de una actividad en concreto (*crowdsourcing* específico).

En esa inteligencia, a modo ejemplificativo, el servicio prestado por el conductor de “Uber” podría calificarse como ‘*crowdwork offline* específico’.

(...)

En este sentido, los términos “economía bajo demanda” o “*gig economy*” son frecuentemente empleados como sinónimos de “economía colaborativa”. Sin embargo, la ‘economía colaborativa’ es, en realidad, una especie del género ‘bajo demanda’, que supone la explotación de bienes personales infrautilizados y que transforma a los propietarios de dichos bienes en “microempresarios”. Esta economía tiene su centro de mercado en el bien “compartido”, siendo accesoria cualquier prestación de servicio del propietario del bien que se comparte²⁸.

Por sua vez, alguns doutrinadores, como o consultor internacional Valerio De Stefano, subdividem tal tema em duas formas de trabalho: o chamado *crowdwork*, que seria a elaboração de tarefas a partir das plataformas online, e o denominado trabalho on-demand, realizado mediante o uso de aplicativos para a execução de trabalhos tradicionais e usuais, requeridos por meio de plataformas online e administrados por empresas operadoras de aplicativos. (DE STEFANO, 2016).²⁹

Insta trazer à tona que a denominação de “Uberização” ou “Uberismo” decorre do aplicativo mais conhecido e inaugural, a empresa Uber, servindo como paradigma para as mais diversas atividades de conexão entre serviços e consumidores com essa característica, como Rappi, Glovo, 99 Pop, Blá Blá Car, Parafuzo, Loggi, dentre outras.

²⁸ CAPARRÓS, Lucas. La posible acción gremial en torno del “crowdwork”, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, organización de José Luis Monereo Pérez, Fábio Túlio Barroso e Horácio de las Heras, Laborum, Murcia, 2018, págs. 786 y 787.

²⁹ DE STEFANO, Valerio. *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*. Conditions of Work and Employment Series No. 71, International Labour Office - Geneva, 2016.

A Economia do Compartilhamento decorre de um fenômeno marcado por uma nova revolução tecnológica no âmbito da prestação de serviços, o que permitiu que surgissem os denominados aplicativos digitais, que são os verdadeiros responsáveis por possibilitarem a intermediação entre a demanda e o consumo. Funcionam como um instrumento de contato entre o prestador de serviços e o consumidor, promovendo a aproximação entre eles.

A evolução e o surgimento dos aplicativos tornaram o que já existia em algo muito mais prático, rápido e eficaz. A revolução tecnológica promovida pelas denominadas plataformas digitais assolou em uma sociedade baseada pela incessante competitividade, na qual os indivíduos buscam cada vez mais a redução de custos, a facilidade de contato, a democratização do acesso e a universalização do serviço ou do produto para diversas nações.

Sob outro viés, é certo que tal fenômeno, recente nas sociedades contemporâneas, trouxe uma grande problemática para o universo jurídico. Isso porque a Uberização operou uma nova forma de prestação de serviços, baseada na utilização de plataformas digitais, que permitem que se instaure uma relação tríplice: de um lado, há a empresa fornecedora de tecnologia que permite o funcionamento e a operação no aplicativo; de outro lado, há um prestador do serviço, cadastrado na plataforma e que é responsável pela execução da finalidade do aplicativo e, no outro vértice, há o consumidor, o indivíduo que demanda o serviço por meio da utilização do aplicativo.

O que se observa é que o incremento tecnológico, ocasionado pela Quarta Revolução Industrial, acabou por alterar substancialmente as relações humanas, especialmente a relação de trabalho. Com a modernização de aparelhos e softwares, é possível se verificar que há cada vez mais uma maior aproximação entre o trabalhador – quem presta o serviço ou fornece o bem – e o cliente ou consumidor, que adquire o produto por ele prestado.

Essa é a grande emblemática ocasionada pelo surgimento da Uberização: o questionamento de qual seria a natureza jurídica da relação inaugurada pela prestação de serviços por intermédio de aplicativos. Pormenorizando, há um verdadeiro debate, em âmbito mundial, sobre qual seria a natureza da relação jurídica entre a empresa representada pelo aplicativo e o prestador de serviços.

Alguns doutrinadores, tais como Murilo Caldeira Germiniani³⁰, defendem que o prestador é, em verdade, “parceiro” da empresa, um trabalhador autônomo, um “raider” e independente, um empreendedor. Dessa forma, a relação estaria inserida em uma sociedade pautada pelas diretrizes da flexibilidade e da autonomia, sendo incompatíveis com os limites de responsabilidades da legislação trabalhista.

Além disso, para esses defensores, os custos trabalhistas e previdenciários constituiriam obstáculos para o funcionamento das empresas de aplicativos digitais, uma vez que fornecem tecnologia com o objetivo de intermediar a prestação de serviços e não de gerir ou comandar o prestador, não havendo, portanto, subordinação.

Por outro lado, outros doutrinadores, tais como Valerio De Stefano³¹, defendem que não existe uma relação de autonomia, mas sim de subordinação. Para eles, a economia do compartilhamento camufla o verdadeiro vínculo empregatício entre a empresa e o prestador de serviços, uma vez que restariam configurados os requisitos da relação de emprego preconizados pelo comando celetista, em seu artigo 3º, quais sejam, a pessoalidade, a onerosidade, a habitualidade e a subordinação, ademais da alteridade.

A alteridade se refere à questão do risco do negócio, ou, em outras palavras, a assunção do prejuízo da prestação do serviço. Esses defensores afirmam que esse novo modelo disruptivo fere igualmente o artigo 2º da

³⁰ GERMINIANI, Murilo Caldeira. A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

³¹ DE STEFANO, Valerio. New forms of employment. 2015. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/field_ef_document/ef1461en.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

Consolidação das Leis do Trabalho, que define o empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Para eles, o risco desse modelo é assumido exclusivamente pelo empregado, que assume eventuais danos e prejuízos inerentes a esse novo modelo de trabalho.

Essa parte da doutrina considera que o fenômeno da Uberização operou uma nova forma de relação de emprego, baseada nas diretrizes de uma autonomia disfarçada, camuflada por uma verdadeira subordinação. Entretanto, essa subordinação não seria mais a antiga e tradicional subordinação direta ou presencial do empregador. As ordens e direcionamentos agora seriam feitas por meio do algoritmo, e não mais pela presença física do empregador. (CARELLI, 2018) ³²

Por essa razão, para eles, o modelo de prestação de serviços advindo da Uberização se constituiria em um modelo disruptivo, que inaugurou uma nova relação entre os indivíduos, operando ainda uma intensa ruptura com o modelo anterior. Dessa forma, eles defendem que esse novo modelo inaugurado na contemporaneidade teria ocasionado a precarização do trabalho, uma vez que os prestadores de serviço estão em uma falsa relação de autonomia com a empresa, sendo camuflada a verdadeira subordinação virtual pelo novo modelo de trabalho on demand. (CARELLI, 2018) ³³

Como apontado pelo professor Rodrigo Carelli³⁴, procurador do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro e coordenador do grupo de estudos “GE Uber” promovido pelo referido órgão:

O avanço tecnológico da Revolução Digital pode levar esse movimento às últimas consequências: o capitalista não necessita ter nenhum trabalhador diretamente vinculado na forma clássica para realizar sua produção. Essa se

³² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

dá por meio de produção à distância, em que é deslocada para as mãos de intermediários em qualquer lugar do planeta. No setor de serviços, que é o que mais cresce nas sociedades desindustrializadas, observa-se o ápice do movimento: empresas realizam sua atividade econômica aparentemente sem empregar ninguém, o que só é possibilitado pela Internet e poderosos processadores de algoritmos.

Dentro da discussão se a relação jurídica entre o prestador de serviços e a empresa seria empregatícia ou não, existem diversos argumentos levantados que defendem a tese de ausência de vínculo e de existência de vínculo.

De um lado, os doutrinadores e juristas que defendem a existência do liame empregatício buscam fundamentar que a subordinação tradicional não mais se confunde com a subordinação atual, que se configura na contemporaneidade, que se reflete agora como uma subordinação por comando virtual, baseado sobretudo nas diretrizes e programações dos aplicativos utilizados pelas empresas.

Esse argumento é inclusive defendido pelo professor Rodrigo Carelli³⁵, que fundamenta o vínculo por meio dessa subordinação virtual, contrária à subordinação clássica ou tradicional:

É possível, sim, que esses trabalhadores sejam considerados como empregados. A legislação brasileira, por incrível que pareça, é avançada neste sentido. Temos um dispositivo que já prevê a presença da subordinação telemática ou algorítmica, por computador ou à distância. Isso já existe em nossa lei. (CARELLI, 2018).

O professor faz referência ao parágrafo único do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e

³⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Trabalho no século XXI: as normas formas de trabalho por plataformas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”(CLT, 2019)³⁶

Da mesma forma, como bem colocado por Raíssa Fabris de Souza³⁷, em artigo intitulado “Uberização: da Revolução no Mundo Capitalista à Evolução Das Novas Formas de Trabalho Humano”, publicado no site *Âmbito Jurídico*:

Desde o advento da Lei 12.551/2011, que alterou a redação do art. 6º da CLT, o legislador passou a equiparar o trabalho realizado no âmbito empresarial daquele efetivado em local diverso, à distância, desde que presentes todos os pressupostos fático-jurídicos da relação empregatícia.

Pelo exposto, especificaremos a discussão sobre a natureza jurídica da relação entre o prestador de serviços e a empresa, se há o vínculo empregatício ou se inexistente tal liame.

3. A existência ou a ausência do vínculo empregatício na nova relação advinda do fenômeno da Uberização.

Inicialmente, analisaremos cada elemento caracterizador da relação de emprego, definidos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, com o escopo magno de se averiguar a existência ou não do vínculo empregatício.

3.1 Pessoa Física.

No plano concreto, é verídico afirmar que a prestação de serviços é realizada por meio de pessoa física, ou seja, por meio de algum indivíduo cadastrado na plataforma, com acesso ao aplicativo e à tecnologia oferecida pela empresa.

³⁶ BRASIL. Lei n. 13.467, de 11 de novembro de 2017. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

³⁷ SOUZA, Raíssa Fabris de. Uberização: da Revolução no Mundo Capitalista à Evolução Das Novas Formas de Trabalho Humano. *Âmbito Jurídico, Direito do Trabalho, Revista* nº 189, outubro de 2019.

Entretanto, apesar de estar presente o primeiro elemento do vínculo de emprego, é cediço que a prestação de serviço pode ser oferecida por meio de Pessoa Jurídica, não somente pela Pessoa Física.

Inclusive, muitos doutrinadores defendem que a relação entre o prestador de serviço e a empresa é uma relação empresarial. Para eles, o motorista da empresa seria, em verdade, um Empresário Individual, uma vez que estariam pautados na autonomia, na liberdade e não estariam subordinados a quaisquer ordens. (DIAS, 2019)³⁸

Assim, o motorista da Uber, bem como o da Rappi, Glovo e tantas outras, manteriam com a empresa do aplicativo uma relação puramente de atividade comercial, em que o motorista, entregador ou prestador de serviço ser considerado ainda um empresário individual irregular, visto que se amoldaria na definição legal do artigo. 966 do Código Civil. (DIAS, 2019)³⁹

Conforme bem apontado por Rafael Dias⁴⁰:

Verifica-se, portanto, os elementos da empresa: atividade econômica organizada pela relação entre os parceiros comerciais, exercida profissionalmente (habitual), e destinada a circulação de serviços (contratos individuais de transporte de pessoas). Acerca do Contrato de Transporte de Pessoas, ensina a eminente professora Maria Helena Diniz que: “Nessa modalidade de contrato há dois contratantes: o transportador, que é a pessoa que se compromete a fazer o transporte, e o passageiro, que se propõe a ser transportado, pagando um certo preço. [...] O passageiro adquire um bilhete de passagem, que poderá ser nominativo ou ao portador, e dará direito a quem se apresentar com ele de ser transportado; é, portanto, um título de legitimação, que atesta a vontade do adquirente de ser transportado de um lugar para outro, e a do transportador de realizar o transporte” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, 27^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517-518) grifamos

³⁸ DIAS, Rafael J. Motorista UBER é Empresário Individual. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://drdiaz.jusbrasil.com.br/artigos/642919446/motorista-uber-e-empresario-individual>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

³⁹Idem.

⁴⁰ Idem.

Assim, resta-se demonstrado que a empresa UBER apenas faz a intermediação da venda de um “bilhete eletrônico” que aproxima o transportador da pessoa transportada legitimando-se a adesão ao contrato de transporte. Sendo, pois, partes de um mesmo negócio, desenvolvendo cada um o seu papel em tal cadeia econômica. (DIAS, 2019)

Nesse toar, no caso da empresa Uber, por exemplo, não há exigência de que o contrato de prestação seja exclusivamente com pessoas físicas, sendo possível que seja pactuado com “empresas de transporte independentes que possuam e/ou operem um único veículo ou uma frota de veículos conduzidos ‘motoristas’”. (DOS SANTOS, 2019)⁴¹

Dessa forma, é certo concluir que a prestação de serviços pode ser feita tanto por Pessoa Física como Pessoa Jurídica, sendo exigido, para esse último caso, que seja realizado seguro de compensação ao prestador, a fim de segurar a empresa contra acidentes de trabalho. Assim, não há necessariamente a presença desse requisito do vínculo empregatício na relação do prestador com a empresa.

3.2 Pessoaalidade.

O segundo elemento do liame empregatício é o que se refere à pessoaalidade. Esse requisito representa, em sua essência, o *intuitu personae* do contrato de trabalho, ou seja, a natureza individual e particular do contrato de trabalho com o empregado, que decorre da fideducía e do comportamento de confiança entre ambas as partes.

Dessa forma, para que esteja configurada a pessoaalidade, faz-se necessário que o trabalho seja prestado exclusivamente pelo empregado, ou seja, sem que ele se faça ser substituído por outro.

Sobre esse elemento, o professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado⁴², assim se posiciona:

⁴¹ DOS SANTOS, Victor Penchel A. Balthar. *O contrato de parceria em aplicativos de transporte urbano: análise dos pressupostos da relação de emprego e consumo*. TRT 03ª Região: fevereiro, 2019.

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. LTr: 7ª edição, pág 292, 2017.

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou a efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuito personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. (DELGADO, 2017)

Pelo contexto da Economia de Compartilhamento, é de se verificar que não existe o elemento da pessoalidade na relação entre prestador de serviço e a empresa, uma vez que não há escolha ou determinação do indivíduo.

Como bem apontado pelo advogado Victor Penchel Balthar⁴³:

Insta mencionar que a própria dinâmica do aplicativo não permite que se cogite a hipótese de pessoalidade, uma vez que o passageiro solicita a demanda para todos os motoristas cadastrados, filtrados meramente pela localização geográfica, possibilitado a todos estes aceitarem a corrida. Verifica-se que o aplicativo, sequer, determina qual será o motorista escolhido para prestação do serviço. (DOS SANTOS, 2019)

Insta destacar o entendimento proferido em recente decisão pela 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no julgamento proferido nos autos do processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112⁴⁴, a qual reconheceu, no caso particular, em concreto, a ausência do elemento pessoalidade entre a relação existente entre o motorista e a empresa Uber.

In litteris:

O cadastramento dos motoristas, tal como posto na defesa, se dava por questões de segurança, a fim de se evitar mau uso da plataforma, pois se os motoristas pudessem compartilhar contas, tornar-se-ia inviável sua identificação, colocando em risco o sistema, sua própria segurança e a dos

⁴³ DOS SANTOS, Victor Penchel A. Balthar. O contrato de parceria em aplicativos de transporte urbano: análise dos pressupostos da relação de emprego e consumo. TRT 03ª Região: fevereiro, 2019.

⁴⁴ TRT-3. Nona Turma. RO nº 0011359-34.2016.5.03.0112. Relatora: Maria Stela Álvares da Silva Campos. Data de julgamento: 23/05/2017.

usuários. E a existência desse cadastramento não interfere no requisito em análise - importa é que o veículo do autor era dirigido por ele e por outros, e ainda, que era possível cadastrar para o veículo um motorista auxiliar. A reclamada não exigia que fosse o autor e apenas ele a conduzir o veículo.

Assim, é de se observar que o requisito da personalidade não se faz presente nas relações entre os prestadores de serviço e entre a empresa do aplicativo digital.

3.3 Onerosidade.

O terceiro elemento caracterizador da relação de emprego é a onerosidade. A Consolidação das Leis do Trabalho considera a onerosidade como sendo a prestação de serviços “mediante salário” (CLT, 2019)⁴⁵

Sob o espectro da Economia Compartilhada, o elemento dito é de alta controvérsia. Muitos defendem que, na realidade, não há onerosidade nas relações entre os prestadores de serviço e as empresas dos aplicativos, visto que a empresa fornecedora de tecnologia apenas detém a tarifa cobrada dos parceiros, não os remunerando de forma direta. Conforme bem apontado por Victor Penchel Balthar⁴⁶:

Nesse aspecto, cumpre pontuar que os parâmetros para estipulação do preço, ainda que unilateralmente propostos, são previstos contratualmente por cada empresa de intermediação, facultado ao motorista aderi-los ou não. Ressalta-se que os motoristas habitualmente se cadastram em mais de um aplicativo e prestam serviços, por vezes, de forma concomitante ao longo do dia. Trata-se, logo, de uma relação comercial em que o motorista decide qual aplicativo contratar, ao avaliar qual empresa possui a melhor plataforma, maior capacidade de captação de clientes e, por conseguinte, melhor custo-benefício. A plataforma atua, meramente, como facilitadora do pagamento, restando apenas a tarifa cobrada do motorista. (BALTHAR, 2018)

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 13.467, de 11 de novembro de 2017. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

⁴⁶ DOS SANTOS, Victor Penchel A. Balthar. *O contrato de parceria em aplicativos de transporte urbano: análise dos pressupostos da relação de emprego e consumo*. TRT 03ª Região: fevereiro, 2019.

Assim, alguns doutrinadores defendem que não há uma prestação de serviços mediante salário, como elenca a CLT. Nessa relação entre o parceiro e a empresa do aplicativo, há uma divisão da receita entre ambos os lados, de modo que a empresa que fornece a tecnologia retém uma parte do que o prestador obtém com o serviço.

Entretanto, outros, como Murilo Caldeira Germiniani, defendem que há a presença do elemento onerosidade, em razão do fato de que o prestador de serviço apenas se vincularia à empresa com o intuito de receber uma contraprestação pelo serviço prestado, que é efetuada pelos usuários da plataforma, o que demonstraria a presença do plano subjetivo do elemento da onerosidade. (GERMINIANI, 2019)⁴⁷

Dessa forma, é de se observar que a existência do elemento onerosidade é de alta controvérsia nas relações advindas da Economia Compartilhada, uma vez que, de um lado, pode ser interpretada como sendo uma remuneração feita pelos usuários da plataforma, mas, por outro lado, pode não estar configurada, acaso se entenda que haja apenas uma repartição de receita por ambos os lados da relação.

3.4 Não eventualidade.

Outro requisito necessário para a configuração da relação de emprego é a habitualidade ou, conforme literalidade disposta na CLT, prestação de “serviço de natureza não eventual”.

Esse requisito diz respeito ao caráter da prestação de serviços voltados à continuidade, ou seja, relacionado com a natureza habitual da prestação. Em outras palavras, para que seja configurada a relação de emprego, faz-se necessário haver a continuidade e a habitualidade na prestação do serviço, de modo que ele seja algo rotineiro, e não meramente pontual, ou de caráter eventual.

⁴⁷ GERMINIANI, Murilo Caldeira. *A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy*. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

Esse requisito é um dos mais controversos nas relações provenientes da Uberização. Isso porque um dos elementos mais característicos desse novo fenômeno inaugurado nas sociedades é justamente a flexibilidade na prestação de serviços.

Os prestadores, conhecidos como “parceiros”, são figuras autônomas, sem qualquer subordinação ou submissão quanto ao horário, dia ou quantidade de tempo em que devem prestar o serviço. Eles podem escolher, de forma livre, qualquer momento para a prestação ou execução do serviço.

Como bem pontuado por Murilo Caldeira Germiniani⁴⁸:

(...) É justamente a liberdade para determinar quando e quanto trabalhar que possibilita ao prestador de serviços trabalhar eventualmente, afastando a habitualidade. Cabe apenas ao prestador determinar qual será a sua jornada de trabalho. (...) Nesse contexto, toda a relação contratual mantida entre as partes é pautada pela lógica da flexibilidade e da eventualidade. A possibilidade de prestar serviços eventuais é intrinsecamente incompatível com a habitualidade exigida para a caracterização da relação de emprego. (GERMINIANI, 2019)

Nesse toar, é verídico constatar que a ausência de habitualidade é um dos requisitos mais obstaculizadores para a configuração do vínculo empregatício, haja vista que os serviços podem ser efetuados pelos prestadores a qualquer momento, por livre e autônoma escolha do prestador optar por ativar o aplicativo e se disponibilizar para a execução do serviço. (DOS SANTOS, 2019)⁴⁹

3.5 Subordinação.

O último e mais controverso elemento necessário para a configuração do liame empregatício é a subordinação. Tal requisito se relaciona com a

⁴⁸ GERMINIANI, Murilo Caldeira. *A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy*. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

⁴⁹ DOS SANTOS, Victor Penchel A. Balthar. *O contrato de parceria em aplicativos de transporte urbano: análise dos pressupostos da relação de emprego e consumo*. TRT 03ª Região: fevereiro, 2019.

essência da dependência, em que uma das partes depende dos comandos e diretrizes da outra.

Para o professor e ministro do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado⁵⁰, a subordinação pode assim ser definida:

Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. (DELGADO, 2017)

Por sua vez, leciona o doutrinador Sérgio Pinto Martins⁵¹:

Emprega o art. 30 da CLT a denominação dependência. Este termo não é adequado, pois o filho pode ser dependente do pai, mas não é a ele subordinado. A denominação mais correta é, portanto, subordinação. É também a palavra mais aceita na doutrina e na jurisprudência. (MARTINS, 2011)

A subordinação é o elemento mais polêmico quando se coloca em pauta a relação entre o prestador de serviços e a empresa, uma vez que, para muitos, a empresa é apenas uma mera fornecedora de tecnologia, a qual é utilizada pelo prestador de serviço.

Por essa razão, não haveria, por parte da empresa, qualquer gerência, controle ou administração do prestador, haja vista que eles delimitam a sua jornada, optam por utilizar ou não a plataforma e repartem a receita com a empresa parceira de acordo com a quantidade de serviços prestados. (GERMINIANI, 2019)⁵²

Ademais, se refuta a hipótese de que o desligamento do prestador pela empresa seria semelhante a uma modalidade de rescisão contratual celetista. Na verdade, o que se observa é que o desligamento de eventuais

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. LTr: 7ª edição, pág. 292, 2017.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. Editora Atlas: 15ª edição, pág. 15, 2011.

⁵² GERMINIANI, Murilo Caldeira. *A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy*. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

prestadores de serviço da plataforma ocorre em estritas hipóteses de descumprimento das cláusulas contratuais por parte do prestador, o que demonstra, de forma inequívoca, a existência de um dever contratual firmado por adesão das partes.

Por essa razão, em caso de inobservância das obrigações assumidas no contrato, o prestador pode ser desligado da plataforma. Entretanto, é cediço que o prestador pode ainda ser recadastrado na plataforma, de modo que jamais tal hipótese poderia ser análoga à uma rescisão de contrato laboral prevista nos termos da CLT.

Assim, é certo que inexistem nas relações advindas da Gig Economy o elemento de subordinação, uma vez que existe tão somente um padrão no cumprimento, por parte dos prestadores, de seus pilares estruturais. São ausentes “ordens”, “mandamentos” ou “diretrizes” dadas pela empresa, apenas existindo padrões a serem observados pelos prestadores, uma vez que estariam vinculados ao aplicativo da empresa fornecedora de tecnologia e, por essa razão, deveriam minimamente cumprir com a observância dos padrões de qualidade estabelecidos no contrato. É o resguardo da empresa a uma imagem uniforme do aplicativo.

É de bom alvitre destacar que a essência da subordinação é, de fato, o completo oposto da autonomia e da flexibilidade, que são as características mais destacadas da relação entre o prestador de serviços e a empresa do app. Por essa razão, no plano concreto, é possível observar que existem diversos aspectos que impossibilitam a configuração do elemento da subordinação nessas relações e, conseqüentemente, do vínculo de emprego.

O ilustre Murilo Caldeira Germiniani⁵³, após proceder com uma apurada análise, destacou a ausência da subordinação jurídica entre prestadores e empresas por meio dos seguintes motivos, evidenciados no plano concreto:

⁵³ GERMINIANI, Murilo Caldeira. A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

- (a) Os prestadores de serviços não estão sujeitos a qualquer controle de jornada;
- (b) Os prestadores de serviços não sofrem qualquer penalidade se não prestarem serviços;
- (c) Os prestadores de serviços trabalham quando, como e quanto quiserem;
- (d) A observância de cláusulas contratuais não é equivalente a receber ordens;
- (e) Não há hierarquia entre os prestadores e as empresas detentoras das plataformas;
- (f) Não há ingerência das empresas detentoras das plataformas na prestação dos serviços;
- (g) A existência de orientações aos prestadores não implica na existência de ordens;
- (h) As empresas detentoras das plataformas não avaliam a qualidade dos serviços; as avaliações são feitas pelos usuários das plataformas, reais contratantes dos serviços.

Tais elementos também foram identificados em inúmeros casos concretos em âmbito nacional pelas Varas do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Como exemplo, em sentença proferida pela 37^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, nos autos da ação tombada sob o nº 0011863-62.2016.5.03.0137⁵⁴, o magistrado entendeu que a subordinação não se configurava na relação entre prestador e empresa. *In litteris*:

(...) Também sob a perspectiva da subordinação estrutural, não vejo como caracterizar a existência de vínculo de emprego entre o reclamante e a Uber do Brasil. Com efeito, a subordinação estrutural se caracteriza pela inserção do trabalhador na dinâmica de funcionamento do tomador dos serviços, conformando-se a essa estrutura, ainda que não receba ordens diretas. De fato, segundo se infere do contrato social da primeira reclamada (ID f6bc8f1), o seu objeto não consiste na realização de transporte de passageiros, mas principalmente no fornecimento de serviços de tecnologia. Além disso, no contrato celebrado entre o motorista e a Uber do Brasil, fica evidenciado que esta fornece serviços de tecnologia, não serviços de transporte, não atuando como empresa de transporte, nem operando como agente para o transporte de passageiros.

⁵⁴ Sentença do processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, 37^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, TRT-3^a Região.

De fato, o elemento mais sensível que delinea a zona cinzenta da natureza da relação entre o prestador de serviços e a empresa detentora da plataforma digital é justamente a subordinação, requisito indispensável para a configuração do vínculo de emprego. Os doutrinadores favoráveis ao vínculo empregatício delinham que a subordinação evoluiu, não mais existindo a subordinação pessoal, mas, em verdade, uma subordinação virtual.

Assim, a subordinação teria evoluído para ordenações impostas por um número, ou algoritmo, com base em comandos estabelecidos previamente em aplicativos. Não mais existiria a figura do patrão coordenando o serviço ou a produção do objeto, mas sim comandos virtuais estabelecidos pela empresa fornecedora de tecnologia. (CARELLI, 2018)⁵⁵

Insta sobrelevar que a razão da evolução do conceito de subordinação se operou, em grande parte, pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial de alargar a proteção trabalhista para aqueles trabalhadores que possuíam todos os requisitos da relação de emprego, mas não possuíam a subordinação clássica. A busca para tutelar tais trabalhadores, em uma “zona cinzenta”, fez com que a subordinação tivesse seu conceito cada vez mais em expansão.

Rodrigo Carelli⁵⁶, defensor do vínculo empregatício, sobre essa nova subordinação estrutural, assim se posiciona:

Fala-se, atualmente, em uma nova modalidade de subordinação, qual seja, a algorítmica. Nesta, o prestador de serviços efetiva diretrizes realizadas por algoritmos desenvolvidos pela empresa-aplicativo, não lhe conferindo a faculdade de ajustar o valor da tarifa, de escolher o modo de prestação e serviços, que deve estar dentro dos parâmetros impostos pela empresa, ou mesmo de escolher de seus clientes, devendo seguir todas as instruções que a

⁵⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Trabalho no século XXI: as novas formas de trabalho por plataformas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

⁵⁶ Idem.

plataforma lhe confere. O controle do labor se manifesta ainda de maneira mais intensa. (CARELLI, 2018).

Contudo, apesar de muitos defenderem a expansão do conceito de subordinação, é inegável observar que não compete ao Poder Judiciário buscar tutelar os prestadores de serviço com base nas disposições celetistas atuais. O conceito de subordinação clássico não se adequa à relação vivenciada pelos prestadores de serviço, pelas mais variadas razões.

Isso porque, apesar de verificar-se a presença de alguns elementos do liame empregatício na relação de prestador de serviços com a empresa da plataforma digital, é certo que não é possível configurar o vínculo pela ausência inequívoca da subordinação, uma vez que o “parceiro” da empresa é pautado pela autonomia e pela flexibilidade.

Entretanto, se por um lado o prestador de serviços não pode ser considerado empregado da empresa, por outro lado, é certo que ele não pode ficar desamparado da tutela do estado.

A realidade cotidiana que se observa dos prestadores é alarmante. Jornadas extensas com uma ínfima remuneração, sujeição à acidentes, encargos previdenciários e tantos outros problemas podem ser observados pelos “parceiros”, que respondem pelo risco do negócio de forma integral.

Apesar de não estarem sujeitos à subordinação clássica, por serem revestidos de autonomia, é imprescindível destacar que essa autonomia é considerada relativa. A dependência econômica e social dos prestadores de serviço promove a submissão deles à essa nova forma de trabalho, para que busquem a sobrevivência diante das consequências pós modernas que assolam os países desenvolvidos e os países em ascensão.

Nesse contexto, é cediço que a ausência de amparo a essa nova categoria de trabalhadores não pode perdurar em face de um Estado Democrático de Direito. O valor social do trabalho, assegurado pelo manto constitucional, e todos os direitos trabalhistas, elencados pela nossa Lei Maior, devem ser observados para essa categoria de “riders”.

É contraditório observar uma nação que se consagra pelos princípios basilares de proteção ao trabalhador e ao trabalho que não é capaz de abarcar todos os seus trabalhadores. A nova relação social advinda da Economia Compartilhada é, sem dúvidas, uma relação de trabalho, que merece o devido amparo pelo Poder Legislativo.

Nesse quadrante, é imperioso que seja sanada a omissão legislativa em face à essa nova categoria de trabalhadores, que possuem diversas peculiaridades e que não se adequam às disposições clássicas e atuais, devendo ser editada uma regulamentação normativa em caráter de urgência para esse grupo e, principalmente, devendo ser assegurada a observância dos direitos mínimos concedidos aos trabalhadores no art. 7º da Lei Maior, sob pena de violação das diretrizes do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Como anteriormente já posicionado:

Tal controle empresarial à atividade profissional desenvolvida é ampliativa e sem limites, justamente porque os algoritmos estabelecem meios humanamente impossíveis de avaliação e definições comportamentais. Entretanto, presente esta ferramenta de controle pela empresa, pode-se caracterizar a subordinação virtual, cibernética ou digital, como outrora já afirmado:

Essa compatibilidade entre os meios decorrentes da informática produtiva com relação empregatícia dá ensejo a uma nova modalidade de subordinação: a subordinação virtual, cibernética ou digital. Isso acontece quando presentes os requisitos da subordinação ordinária presente no art. 4º consolidado, verificado quando o empregado está à disposição ou prestando serviços para o empregador, porém, não necessariamente no ambiente empresarial, com controle por meio de instrumento imaterial, telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, que mensura a sua atividade laboral, desde a realização e qualidade dos serviços definidos, até mesmo o controle da sua duração. Ou seja, poderá admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços em qualquer lugar do planeta⁵⁷.

⁵⁷ BARROSO, Fábio Túlio. O teletrabalho e a subordinação virtual após a lei nº 12.551/2011. Novos elementos caracterizadores do Direito Extraordinário do Trabalho. Revista Fórum Trabalhista, RFT, Ano 1 nº 2, (mar-abr - 2012), Belo Horizonte, Fórum, pág. 97.

Na mesma linha, ainda que não exista no Brasil uma norma específica sobre o tema, tem-se que os fenômenos jurídicos se enquadram numa realidade normativa pré-existente. Isso porque o próprio art. 3º da CLT estabelece os critérios e a definição do empregado, sendo aquela *pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*.

Na qualificação do sujeito contratual, considerado que a atividade é personalíssima, há como premissa no eventual reconhecimento de vínculo de emprego a não eventualidade na prestação dos serviços via aplicativos. Contudo, apurada a subordinação virtual, nos termos encimados, verifica-se ainda que, apesar de aberto o conceito de dependência, essa é existencial ao trabalhador. No caso fático, os desdobramentos de jornadas excessivas para manutenção de um mínimo de ingressos é efetivamente uma dependência existencial que vai além de qualquer “bico” ou “viração”, pois a existência do trabalhador e dos seus está ataviada ao trabalho realizado, sendo a centralidade de suas atividades profissionais.

Por sua vez, a interpretação da autonomia na prestação do serviço não pode ser absoluta, pois as diretrizes são estabelecidas pela empresa. No mais, a própria variação da aceitação dos serviços apresentados não descaracterizam o poder empresarial ou, linguagem do Direito do Trabalho(...)⁵⁸

Conclusões.

Conforme esposto no presente trabalho, para a configuração da relação empregatícia, faz-se necessário a presença concomitante de todos os requisitos preconizados pelo comando celetista, quais sejam: pessoa física, a pessoalidade, a onerosidade, a habitualidade e a subordinação.

Com o surgimento da Economia de Compartilhamento, surge-se uma nova relação de prestação de serviços, a qual constitui-se em uma forma de precarização do trabalho, uma vez que esse novo modelo disruptivo promove a exploração de mão de obra sem observância dos direitos trabalhistas constitucionais, sendo uma afronta à Carta Magna e ao contexto histórico de luta humana pela proteção do trabalhador,

⁵⁸ BARROSO, Fábio Túlio. Trabalho via Aplicativos: Subordinação Virtual e Reconhecimento de Vínculo Empregatício. Presente, Futuro e Passado? Em: Direito do Trabalho: Inovações Legislativas e suas novas Caracterizações. Fasa, Recife, 2019, pág. 147 e 148.

econômica e juridicamente hipossuficiente, camuflando uma verdadeira relação de trabalho, nos termos da Recomendação nº 198 da OIT.

O certo é que, diante de um novo cenário decorrente da revolução tecnológica, o trabalho não pode ir ao caminho da remercantilização, sob condição de afronta aos postulados de manutenção do Estado democrático de Direito, estabelecido seus postulados básicos de expansão dos Direitos Fundamentais calcados como elemento teleológico do caput do art. 7º da carta maior, sendo um verdadeiro desafio para o século XXI a compatibilização do modelo atípico e precário dos trabalhos via aplicativos e a condição mínima de proteção social ao trabalhador presente no constitucionalismo social.

Referências

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 11 de novembro de 2017. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BARROSO, Fábio Túlio. Trabalho via Aplicativos: Subordinação Virtual e Reconhecimento de Vínculo Empregatício. Presente, Futuro e Passado? Em: *Direito do Trabalho: Inovações Legislativas e suas novas Caracterizações*. Fasa, Recife, 2019.

Caminho até a Indústria 4.0: os destaques das revoluções industriais. *A Voz da Indústria*, setembro/2018. Disponível em: < <https://avozdaindustria.com.br/industria-40-totvs/caminho-ind-stria-40-os-destaques-das-revolu-es-industriais>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

CAPARRÓS, Lucas. La posible acción gremial en torno del “crowdwork”, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, organización de José Luis Monereo Pérez, Fábio Túlio Barroso e Horácio de las Heras, Laborum, Murcia, 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra.** São Paulo: Papyrus, 2014, pág. 27.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Trabalho no século XXI: as normas formas de trabalho por plataformas.** Disponível em: <[https://www.jota.info/opiniao-e-](https://www.jota.info/opiniao-e)

analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

CRUZ, José Augusto Gomes; MONTEIRO, Mhércio Cerqueira e PAMPONET, Lucas Souza Lima. **A crise do welfare state e a ascensão do terceiro setor**. Revista Âmbito Jurídico nº 163 – Ano XX – Agosto/2017.

DA SILVA, Enio Moraes. **O Estado Democrático de Direito**, 2005. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTr: 7ª edição, pág 292, 2017.

DE STEFANO, Valerio. **New forms of employment**. 2015. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/field_ef_document/ef1461en.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»**. Conditions of Work and Employment Series No. 71, International Labour Office – Geneva, 2016.

DIAS, Rafael J. **Motorista UBER é Empresário Individual**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://drdiaz.jusbrasil.com.br/artigos/642919446/motorista-uber-e-empresario-individual>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

DOS SANTOS, Victor Penchel A. Balthar. **O contrato de parceria em aplicativos de transporte urbano: análise dos pressupostos da relação de emprego e consumo**. TRT 03ª Região: fevereiro, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

GERMINIANI, Murilo Caldeira. **A natureza jurídica das relações de trabalho na Gig Economy**. Revista Ltr, vol. 83, número 2, fevereiro de 2019.

GOMES, Fábio Guedes. **Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil**. Rev. Adm. Pública, vol.40, no.2, Rio de Janeiro, Mar./Apr. 2006.

MARINS, Camila. **Uberização provoca reflexão sobre mundo do trabalho**. Agosto, 2016. Disponível em: <<https://www.fisenge.org.br/index.php/noticias/item/3491->

uberizacao-provoca-reflexao-sobre-mundo-do-trabalho. >. Acesso em 12 de janeiro de 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. Editora Atlas: 15a edição, pág. 15, 2011.

MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, Número 204, out./dez. 2014.

MOTTA, Fernando Carlos Prestes; ISABELLA Gouveia de Vasconcelos. **Teoria Geral da Administração**. 3ª Ed. Ver. – São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. Genebra: World Economic Forum, 2016.

Sentença do processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, TRT-3ª Região.

SOUZA, Raíssa Fabris de. **Uberização: da Revolução no Mundo Capitalista à Evolução Das Novas Formas de Trabalho Humano**. Âmbito Jurídico, Direito do Trabalho, Revista nº 189, outubro de 2019.

TRT-3. Nona Turma. **RO nº 0011359-34.2016.5.03.0112**. Relatora: Maria Stela Álvares da Silva Campos. Data de julgamento: 23/05/2017.

Autores e autoras

Alexandre Henrique Tavares Saldanha
Alexandre Moura Alves de Paula Filho
Aline Pires Gomes
Amanda Vicente de Farias Batista
Ana Carolina Cardoso Lôbo Ribeiro
Ana Helena Masid Gonçalves
Andrielly Calheiros Ribeiro
Augusto de Mendonça Barros Rolim
Beatriz Maria Martins Claudino
Bernardo de Lima Barbosa Filho
Bruna Fiuza Barcelar
Bruna Stephanny Moraes de Oliveira Silva
Bruna Tinoco de Melo
Camilla Danielle Soares Costa
Caroline Alves Montenegro
Caroline Justino de Vasconcelos
Daniela Costa de Medeiros
Daniele Medeiros Pereira
Dayane Francisca de Melo Silva
Eduarda Peixoto da Cunha França
Fábio Túlio Barroso
Guilherme da Camara Manço
Helder Felipe Oliveira Correia
Henrique Nonato Quaresma dos Santos
Iricherlly Dayane da Costa Barbosa
Islayne Sandrelly de Lima
João Marcus da Silva Neves

Jocy de Vasconcelos Frota Alves Neto
Joiccy Elisa Ramos da Silva
Larissa Pinheiro Quirino
Laura Gabriella Muniz da Silva
Luiz Gustavo Simões Valença de Melo
Manoel Severino Moraes de Almeida
Maria Júlia Poletine Advincula
Maria Renata Keithlyn de Gois Cruz
Mariana Eva Souza Dias
Marina Falcão Lisboa Brito
Matheus Barbosa Rodrigues
Milena Trajano dos Anjos
Mirelle Luciana Valentim de Sá Barreto
Myllena Victória de Andrade Lins
Natalia Bezerra Valença
Pablo Diego Veras Medeiros
Rafael Augusto Pinto Baía
Ranieri Coelho Benjamim da Silva Júnior
Renan Francelino da Silva
Renata Gonçalves Perman
Renata Santa Cruz Coelho
Ricardo Freire Tavares De Andrade Lima
Roberta Cruz da Silva
Rodrigo Guerra Lima
Shayenne Ladislau Silva
Valdênia Brito Monteiro
Vitória Bárbara da Silva Carvalho
Wallés Henrique de Oliveira Couto

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org